

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1248/C5/1018

Data: 06.06.2023

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin e-mail, înregistrată la Consiliu sub nr. 20339/18.04.2023, înaintată de SRL, cu sediul în mun. înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Cluj sub număr J12/320/2009, având CUI 25113978, reprezentantă legal prin administrator Grigore Vădean, cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedura la, situat în mun., prin avocat Horia BORA, formulată împotriva Procesului-verbal nr. 6334/17.02.2023 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, document emis în cadrul licitației deschise organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în mun. Făgăraș, str. Republicii nr. 3, județul Brașov, în vederea atribuirii contractului de „.....”, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. din 17.07.2021, s-a solicitat:

- anularea, în parte, a procesului-verbal nr. 6334/17.02.2023 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, sub aspectul deciziei autorității contractante de a nu lua în considerare, în vederea demonstrării cerinței privind experiența similară în execuție de lucrări, lucrările executate de terțul susținător, în temeiul acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, încheiat cu Municipiul Cluj-Napoca și care are ca obiect „Lucrări de modernizare Bulevardul 21 Decembrie 1989”;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, în conformitate cu cele ce vor fi dispuse prin decizia ce urmează a fi pronunțată de Consiliu;

- obligarea intimătei la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

În cauza ce formează obiectul prezentului dosar, ..., cu sediul în mun. București, Calea 13 Septembrie nr. 90, et. 5, camera

5.14, sector 5, înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. J40/13563/1994, având CUI 6891914, reprezentată convențional de avocat Iuliana Paula Negoită, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în mun. București, Calea 13 Septembrie nr. 90, et. 2, camera 2.01, sector 5, a formulat o cerere de intervenție, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) în data de 28.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 23021/02.05.2023, solicitând:

- pe cale de excepție, respingerea, ca tardivă și inadmisibilă, a contestației formulate de SRL;

- pe fond, respingerea, ca nefondată, a contestației formulate de SRL, cu consecință menținerii evaluării din procesul-verbal nr. 6334/17.02.2023 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, în partea ce vizează măsura dispusă față de experiență similară, rezultând din acordul contractual nr. 96446/19.02.2020 prezentat de SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 20339/18.04.2023, ... SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire mai sus amintite, organizată de autoritatea contractantă, reclamând decizia acesteia din urmă de a nu lua în considerare experiența similară a terțului susținător, ce rezultă din acordul contractual nr. 96446/19.02.2020, încheiat de acesta cu Municipiul Cluj-Napoca, având ca obiect „Lucrări de modernizare Bulevardul 21 Decembrie 1989”.

Contestatoarea învederează Consiliului că a luat cunoștință despre faptul că autoritatea contractantă nu a ținut cont de lucrările din acordul contractual nr. 96446/19.02.2020 abia la momentul comunicării Deciziei CNSC nr. 718/C5/590 din data de 30.03.2023, respectiv în 4 aprilie 2023.

Contestatoarea face precizarea că autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP procesele-verbale de evaluare a ofertelor, astfel că nu a avut cunoștință de modalitatea în care comisia de evaluare a analizat documentele depuse de aceasta, ca urmare a solicitării de clarificări.

Contestatoarea susține că nici în cadrul Raportului procedurii de atribuire nr. 7069/24.02.2023 nu s-au regăsit mențiuni privind modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să evalueze documentele depuse de ea, referitor la cerința de calificare „experiența similară în execuție de lucrări”, ci doar a menționat că „a analizat documentele suport/dovezile prezentate de ofertantul SRL, pentru

demonstrarea informațiilor din DUAЕ, prezentate, și a constatat că informațiile preliminare din DUAЕ au fost demonstrate".

Contestatoarea susține că a fost în imposibilitate obiectivă de a cunoaște modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să evalueze documentele depuse de aceasta, în vederea demonstrării cerinței privind experiența similară, având în vedere că oferta depusă a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, fiind evident că la momentul comunicării rezultatului procedurii de atribuire nu a avut interes în contestarea rezultatului procedurii de atribuire.

Însă, de la momentul comunicării, în 4 aprilie 2023, a Deciziei CNSC nr. 718/C5/590 din 30.03.2023, contestatoarea consideră că a început să curgă termenul de 10 zile, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, pentru contestarea actului emis de autoritatea contractantă și pe care îl consideră nelegal, Procesul - verbal nr. 6334/17.02.2023 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ.

Contestatoarea subliniază că a fost în imposibilitate obiectivă de a cunoaște faptul că autoritatea contractantă nu a luat în considerare toate lucrările invocate cu titlu de experiență similară, astfel că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 186 din Codul de procedură civilă pentru repunerea în termen. Autoritatea contractantă a stabilit în mod greșit că lucrările executate de terțul, în temeiul acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, nu pot fi luate în considerare ca experiență similară în execuție lucrări.

Contestatoarea arată că, pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară de lucrări, a atașat, la adresa nr. 349/03.02.2023 (ca răspuns la solicitarea de clarificări), DUAЕ depus de terțul susținător și următoarele contracte ale acestuia:

- contract de execuție lucrări nr. 185670/15.05.2015, încheiat între și
- contract de execuție de lucrări nr. 36676/22.01.2019, încheiat între Napoca și
- contract de proiectare și execuție lucrări nr. 253257/14.05.2019, încheiat între Municipiul Cluj-Napoca și
- contract de proiectare și execuție de lucrări nr. 668728/30.12.2019, încheiat între și Asocieria
- acord contractual nr. 96446/19.12.2020, încheiat între

Totodată, prin intermediul adresei nr. 349/03.02.2023, a prezentat autorității contractante două variante de luare în calcul a contractelor de lucrări prezentate, variante ce îndeplinesc, atât individual, cât și cumulat, cerința privind experiența similară pe execuție de lucrări:

- varianta 1: contractul nr. 186570/15.05.2015 și acordul contractual 96446/19.12.2020;

- varianta 2: contractul nr. 18570/15.05.2015, contractul nr. 36676/22.01.2019, contractul nr. 253257/ 14.05.2019 și contractul nr. 668728/30.12.2019.

Practic, lucrările executate de către terțul susținător, în cadrul celor 5 contracte, au vizat drumuri încadrate în clasa tehnică III, respectiv străzi din interiorul Municipiului Cluj- Napoca, care reprezintă continuarea traseelor drumurilor naționale ce străbat această localitate și care, în raport de prevederile art. 11 din OG nr. 43/1997, art. 1.3 teza a II-a din OMT nr. 1296/2017 și art. 1.6 din OMT nr. 49/1998, își păstrează categoria funcțională din care fac parte.

Contestatoarea invocă, din cuprinsul Deciziei CNSC nr. 718/C5/590 din 30.03.2023, arătând că motivul pentru care autoritatea contractantă nu a luat în considerare lucrările executate de terțul susținător, în baza acordului contractual nr. 96446/19.02.2020 îl constituie faptul că respectivele lucrări au fost finalizate (recepționate la terminarea lucrărilor) în 18 iulie 2022, ulterior datei limită de depunere a ofertelor (19.10.2021). Astfel, consideră nelegală abordarea autorității contractante, de a nu lua în considerare, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței privind experiența similară în execuție lucrări, lucrările executate de terțul susținător, în temeiul acordului contractual nr. 96446/19.02.2020.

Contestatoarea concluzionează că lucrările executate de terțul susținător, la obiectivul de investiții „Lucrări de modernizare B-dul 21 Decembrie 1989”, în baza acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, au fost recepționate la terminarea lucrărilor în data de 18.07.2022, respectiv anterior datei de 03.02.2023, la care acest terț susținător a fost introdus în prezenta procedură de atribuire. Autoritatea contractantă a greșit neluând în considerare aceste lucrări pentru demonstrarea cerinței privind experiența similară în execuție de lucrări.

Referitor la categoria funcțională a drumurilor, contestatoarea subliniază că, din moment ce un drum este încadrat, potrivit dispozițiilor HG nr. 540/2000 privind aprobarea încadrării în categorii funcționale a drumurilor publice și a drumurilor de utilitate privată deschise circulației publice, în categoria funcțională de drum de interes național, este evident că, în raport de prevederile art. 6 alin. (2) și (3) din OG nr. 43/1997, acel drum trebuie să aibă cel puțin clasa tehnică III.

Referitor la clasa tehnică a drumurilor, contestatoarea susține că singurul criteriu potrivit căruia se stabilește clasa tehnică a drumurilor publice este intensitatea traficului anual, urmând ca încadrarea drumurilor publice în clase tehnice să se realizeze de către unitățile care le administrează (aceste entități sunt conform art. 21 și 22 din OG nr. 43/1997, ... pentru drumurile de interes național, consiliile județene pentru drumurile de interes județean și consiliile locale pentru drumurile de interes local).

Referitor la categoria funcțională a drumurilor și la clasa tehnică a acestora în interiorul unei localități, contestatoarea arată că drumurile naționale, județene și comunale, atunci când traversează localitățile își păstrează categoria funcțională de drum de interes național sau de interes județean ori comunal, respectiv rămân, în principal, drumuri continue în traversarea localităților, iar în subsidiar, servesc și ca străzi. Din această perspectivă, străzile din interiorul unei localități care reprezintă continuarea traseelor drumurilor naționale, a drumurilor județene și a drumurilor comunale au cel puțin clasa tehnică a drumurilor naționale, județene sau comunale al căror traseu este preluat de străzile respective.

Referitor la lucrările executate în temeiul acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, încheiat între și, contestatoarea a înțeles să le folosească drept experiență similară, deoarece privesc servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții „Lucrări de modernizare Bulevardul 21 Decembrie 1989”.

Contestatoarea concluzionează că, având în vedere că B-dul 21 Decembrie 1989 din Municipiul Cluj-Napoca, unde terțul a executat lucrările invocate cu titlu de experiență similară, este continuarea traseului drumului național european DN1C (E 576) ce străbate această localitate, este evident că aceasta stradă este, în principal, un drum național european cu clasa tehnică cel puțin III, iar în subsidiar servește ca stradă.

Prin adresa nr. 33197/20.04.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 21103/20.04.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere, solicitând respingerea contestației, în conformitate cu articolul 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, considerând că SRL a formulat tardiv contestația.

Autoritatea contractantă arată că, prin încărcarea în SEAP, în data de 24.02.2023, a Raportului Procedurii nr. 7068/24.02.2023, a informat toți ofertanții cu privire la rezultatul evaluării ofertelor, respectiv cu privire la declararea câștigătoare a ofertei SRL.

Conform art. 19 alin (2) din Legea nr. 101/2016, ... a solicitat acces la dosarul achiziției, prin adresa înregistrată la Municipiul Făgăraș sub nr. 7569/01.03.2023. Ca urmare a studierii dosarului achiziției, ..., ofertant clasat pe locul 2, a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, care a fost depusă la CNSC sub nr. 12039/08.03.2023. Contestația a fost, de asemenea, adusă la cunoștința tuturor ofertanților, fiind publicată în SEAP, la data de 09.03.2023.

În contestația formulată de se menționează 4 contracte de lucrări, încheiate de: nr. 185670/15.05.2015, nr. 36676/22.01.2019, nr. 253257/14.05.2019 și nr. 668728/30.12.2019.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, prin cele 4 proiecte prezentate și însoțite de documente justificative, ... SRL nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară în execuție, categoria lucrărilor plasându-se sub nivelul minim impus. Dacă pentru SRL ar fi fost neclar de ce face referire doar la 4 contracte de experiență similară, deși prin adresa de transmitere a documentelor de calificare a transmis de fapt 5 contracte, ... SRL ar fi trebuit să solicite, conform legii, acces la dosarul achiziției și să analizeze această neconcordanță, deoarece în Raportul Procedurii (pag. 21, secțiunea „2.4.7 Verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ”) era menționat „Informații detaliate despre rezultatul verificării documentelor suport se regăsesc în procesul verbal nr. 6334/17.02.2023 (...), care este parte a dosarului achiziției.”

Astfel, un prim termen la care SRL a aflat despre faptul că autoritatea contractantă nu a luat în considerare, în verificarea cerinței privind experiența similară, acordul contractual nr. 96446/19.02.2020 este data de 09.03.2023, când i-a fost comunicată, prin SEAP, contestația formulată de Așadar, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea, ca tardivă, a contestației depuse de către SRL.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 21709/24.04.2023, contestatorul a formulat „Note de ședință”, prin care răspundere la excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

Contestatorul reia susținerile din contestație, subliniind faptul că, în 4 aprilie 2023 (când i-a fost comunicată Decizia CNSC nr. 718/C5/590 din 30.03.2023) a luat act de modul de evaluare a experienței similare ce rezultă din acordul contractual nr. 96446/19.02.2020.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie, fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 23021/02.05.2023, ... a solicitat respingerea contestației SRL, în principal, pe cale de excepție, ca tardivă, sau, după caz, ca inadmisibilă și, în subsidiar, respingerea acesteia ca nefondată, cu consecința menținerii procesului-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ nr. 6334/17.02.2023, în partea ce vizează măsura de evaluare dispusă față de experiența similară rezultând din Acordul Contractual nr. 96446/19.02.2020 prezentat de SRL.

În susținerea excepției tardivității contestației, intervenientul invocă prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, arătând că autorul contestației a luat cunoștință de raportul procedurii nr. 7069/24.02.2023, în data de 24.02.2023, când acesta a fost publicat în SEAP de autoritatea contractantă. Astfel, o contestație împotriva raportului putea fi formulată cel mai târziu la data de 06.03.2023. Prin urmare, formularea contestației și depunerea acesteia la Consiliu în data de 18.04.2023 este un demers tardiv.

Chiar dacă, la data de 06.03.2023, ... SRL nu avea niciun interes în formularea unei contestații, aceasta nu poate cere repunerea în termen, pentru motivul că a luat cunoștință de faptul că autoritatea contractantă nu a luat în considerare, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței privind experiența similară în execuție lucrări, lucrările executate de terțul susținător în temeiul acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, abia la momentul comunicării deciziei CNSC, respectiv în data de 04.04.2023.

În plus, trebuie reținut că în intervenția formulată în fața CNSC, în dosarul nr. 590/C5/2023, ... SRL a susținut legalitatea actelor întocmite de autoritatea contractantă, inclusiv în ceea ce privește evaluarea experienței similare în temeiul Acordului Contractual nr. 96446/19.02.2020. Astfel, având această informație, în legătură cu modul de evaluare, ... SRL nu a întreprins niciun demers după data publicării raportului procedurii nr. 7069/24.02.2023, de a solicita eventual studiul dosarului achiziției sau de a contesta modul în care a fost evaluată oferta sa.

De asemenea, intervenienta arată că, în condițiile în care, prin decizia CNSC s-a reținut legalitatea evaluării acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, în sensul excluderii din experiența similară prezentată de terțul susținător, iar prin plângerea formulată împotriva deciziei CNSC contestatoarea a formulat critici cu privire la cele reținute în privința acordului contractual nr. 96446/19.02.2020, promovarea unei contestații la acest moment, dincolo de vădita tardivitate, este inadmisibilă.

Pe fond, intervenienta apreciază că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta depusă de SRL, în condițiile în care nu a fost făcută dovada îndeplinirii criteriului de experiență similară.

Cu privire la acest aspect, intervenienta arată că, raportat la cerința de experiență similară din fișa de date a achiziției, contractele depuse de nu au fost de natură să dovedească îndeplinirea acestei cerințe, deoarece:

- pentru contractele nr. 186750/15.05.2015 și nr. 36676/22.01.2019 au fost declarate lucrări care nu sunt similare cu specificul contractului și cu prevederile expres menționate în cadrul Fișei de Date;

- pentru contractul nr. 253257/14.05.2019 a fost declarată o valoare mai mare, cumulând lucrări care nu sunt similare cu specificul contractului și cerințelor expres menționate în cadrul fișei de date; în realitate, valoarea maximă din acest contract, posibil a fi fost luată în considerare pentru experiența sa în execuție lucrări, este de 7.299.429,28 lei, fără TVA;

- pentru contractul nr. 668728/30.12.2019 a fost declarată o valoare mai mare, cumulând lucrări care nu sunt similare cu specificul contractului și cerințelor expres menționate în cadrul fișei de date; în realitate, valoarea maximă din acest contract, posibil a fi fost luată în considerare pentru experiența sa în execuție lucrări, este de 6.008.315,91 lei;

- pentru acordul contractual nr. 96446/19.02.2020, au fost declarate lucrări care nu sunt similare cu specificul contractului și cerințele expres menționate în cadrul fișei de date, nefinalizate la data depunerii ofertei (19.10.2023) și neînsoțite de documente probatorii (procese verbale de recepție la terminarea, lucrărilor/recepție finală).

Dincolo de cele reținute de Consiliu cu privire la contractele menționate, prin decizia anterioară, referitor la acordul contractual nr. 96446/19.02.2020, în mod corect Consiliul a validat evaluarea realizată de autoritatea contractantă, dat fiind faptul că lucrările care făceau obiectul acestui contract nu erau finalizate la momentul depunerii ofertelor.

În opinia intervenientei, argumentele prezentate de contestator în susținerea faptului că raționamentul autorității contractante din Procesul-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 6334/17.02.2023 ar fi greșit, nu pot fi avute în vedere, fiind lipsite de orice suport juridic.

În primul rând, și în ipoteza în care contestația împotriva actului amintit ar fi admisibilă, clasa tehnică a drumului care face obiectul acordului contractual nr. 96446/19.02.2020 nu este cea solicitată prin fișa de date pentru demonstrarea experienței similare. Argumentele contestatoarei SRL, în sensul că B-dul 21 Decembrie 1989 reprezintă continuarea traseului Drumului Național 1C și, astfel, această stradă are aceeași categorie de folosință și clasă tehnică ca drumul național pe care îl continuă în interiorul localității, se impun a fi respinse pentru toate argumentele deja arătate în privința celorlalte contracte analizate anterior și conform celor reținute în mod corect prin Decizia CNSC.

Intervenienta apreciază ca relevant, în legătură cu acest aspect faptul că însăși autoritatea contractantă, la secțiunea III.1.3.a) [Capacitatea tehnică și profesională] din Fișa de date a precizat că „(...) ultimii 5 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu

aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13 alin. 2)."

Astfel, este fără dubiu că legiuitorul a înțeles să lămurească, pe de o parte, în ceea ce privește considerarea limitelor de timp pentru evaluarea experienței similare, termenul stabilit la art. 13 alin. (1) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, respectiv raportat la situațiile în care autoritatea este nevoită să prelungească termenul inițial, definit pentru depunerea ofertelor, iar pe de altă parte, condiția îndeplinirii cerinței la data inițială de depunere a ofertei prevăzută în anunțul de participare pentru a fi acceptată candidatura unui ofertant în cazul în care raportat la noua dată extinsă de depunere a ofertei, experiența sa se situează în afara celor 3/5 ani.

Alegațiile SRL conform cărora experiența similară se raportează la o dată ulterioară depunerii ofertei nu sunt susținute de nicio prevedere legală în vigoare. De asemenea, afirmația conform căreia „Terțul susținător nou a fost până la momentul introducerii sale în procedura de atribuire străin de aceasta, astfel ca, acesta ar fi trebuit să dovedească îndeplinirea criteriilor de calificare și de selecție pentru care acordă susținere prin raportare la data la care a fost introdus în procedură și nu prin raportare la data-limita de depunere a ofertelor (la o altă dată la care nu avea nicio calitate în procedura)” este profund eronată și nu are niciun temei legal. În acest context, intervenienta arată că, încă de la momentul depunerii ofertei, ... a participat la procedură împreună cu SRL, în calitate de terț și subcontractant.

Chiar și în condițiile în care ar fi fost introdus în procedură ulterior depunerii ofertei, obligația cunoașterii prevederilor documentației de atribuire și a legislației în materia achizițiilor publice îi aparține și nu există niciun argument pentru a susține orice ipoteză contrară. În plus, nici ipoteza în care, astfel cum declară SRL, evaluarea ar fi fost realizată pe o perioadă îndelungată de timp, iar terțul susținător inițial nu ar mai fi avut interes în participarea la procedură, nu justifică necunoașterea și neaplicarea legislației în materia achizițiilor publice, cu invocarea unei interpretări proprii fără niciun suport legal sau jurisprudențial.

Prin punctul de vedere nr. 35366/08.05.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 25093/10.05.2023, autoritatea contractantă a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației, reiterând, în general, susținerilor anterioare. La punctul de vedere, au fost atașate documentele din dosarul achiziției, întocmite de comisia de evaluare, respectiv transmise de ofertanți, după emitere Deciziei CNSC nr. 718/C5/590 din 30.03.2023.

Suplimentar față de acestea, referitor la afirmația contestatoarei conform căreia a fost introdus în procedura de atribuire ca terț susținător abia în data de 3 februarie 2023, arată că aceasta este

o afirmație falsă, operatorul economic menționat fiind declarat terț susținător al cifrei de afaceri încă de la data limită de depunere a ofertelor.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază că gradul mare de complexitate al evaluării ofertelor depuse în cadrul acestei proceduri, în care au fost depuse 7 oferte, în care participă un total de 69 de operatori economici nu ar fi trebuit să împiedice SRL să invoce susținerea unui terț care să respecte cerințele fișei de date.

De asemenea, în final, autoritatea contractantă arată că, în procesul-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, comisia de evaluare a notat că: *„(...) nu va lua în considerare în verificarea experienței similare contractul 96446 din 19.02.2020 având ca obiect Servicii de Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții LUCRĂRI DE MODERNIZARE BULEVARDUL 21 DECEMBRIE 1989: Realizare benzi dedicate transportului în comun, etapa 1, inclusiv lucrări de infrastructură, amenajare spațiu public, semaforizare, iluminat public și mobilier urban având în vedere că recepția lucrărilor s-a realizat după termenul limită de depunere a ofertelor în cadrul prezentei proceduri”.*

Prin concluziile scrise, transmise prin mijloace electronice (email) în data de 12.05.2023, înregistrate la Consiliu cu nr. 25622/12.05.2023, ... a reiterat cele menționate în cererea de intervenție, menținându-și solicitările de respingere a contestației SRL, în principal, pe cale de excepție, ca tardiv formulată sau, după caz, ca inadmisibilă și, în subsidiar, respingerea acesteia ca nefondată. Intervenientul arată că plângerea formulată de SRL, împotriva Decizie CNSC (obiect al dosarului nr. 203/64/2023, care s-a aflat pe rolul Curții de Apel Brașov), a fost respinsă ca neîntemeiată prin Decizia nr. 289/05.05.2023, conform soluției publicate pe portalul instanțelor.

Prin concluziile scrise, transmise prin mijloace electronice (email) în data de 15.05.2023, înregistrate la Consiliu cu nr. 25819/12.05.2023, ... SRL a reiterat aspecte din contestație și a formulat apărări față de excepțiile invocate de intervenient.

În data de 23.05.2023, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei, prin intermediul WeTransfer, procesul-verbal de evaluare DUAЕ și a documentelor justificative DUAЕ depuse de SRL (înregistrate la Consiliu cu nr. 27877/23.05.2023) și documentele depuse de SRL până la data limită de depunere a ofertelor (înregistrate la Consiliu cu nr. 27884/23.05.2023).

Anexat adresei nr. 37533/25.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 28769/26.05.2026, autoritatea contractantă a transmis, pe format hârtie, documentele necesare soluționării cauzei.

În data de 31.05.2023, autoritatea contractantă a transmis, prin corespondența electronică, înregistrată la Consiliul sub nr. 29561/31.05.2023, o copie a Hotărârii nr. 289/2023, emisă de Curtea de Apel Brașov, prin care a fost respinsă, ca neîntemeiată, plângerea formulată de SRL, împotriva deciziei nr. 718/C5/590 din 30.03.2023, emisă de CNSC.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 17.07.2021, o licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții «Varianta de ocolire municipiul Făgăraș»”, prin publicarea anunțului de participare nr.

În stadiul procesual anterior, în 06.03.2023, prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 12039/08.03.2023, ... a atacat adresa de comunicare a rezultatul procedurii nr. 7069/2/24.02.2023 și raportului procedurii nr. 8069/24.02.2023, solicitând reevaluarea ofertei depuse de SRL, considerând că acesta nu îndeplinește cerința de calificare experiența similară a lucrărilor.

Față de contestația formulată de, Consiliul a dispus, prin Decizia nr. 718/C5/590 din 30.03.2023, următoarele: „Admite contestația formulată de în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii nr. 8069/24.02.2023, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei SRL. Obligă autoritatea contractantă ca, în 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta SRL conform motivării de mai sus.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SRL.”

După primirea, în data de 04.04.2023, a Deciziei nr. 718/C5/590 din 30.03.2023, ... SRL a atacat-o cu plângere, aceasta formând obiectul dosarului nr. 203/64/2023, aflat pe rolul Curții de Apel Brașov, soluționat prin Decizia nr. 289/05.05.2023. Plângerea formulată de SRL a fost respinsă, ca nefondată.

Totodată, , în data de 04.04.2023, ... SRL a formulat prezenta contestație, fiind nemulțumit de modul în care comisia de evaluare a analizat experiența similară de lucrări, ce ar rezulta din acordul contractual nr. 96446/19.02.2020.

Preliminar, CNSC constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, ..., a înaintat, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209061090/1, în valoare de 948.972,90 lei, eliberată de CEC BANK Sucursala Cluj, în data de 12.04.2023.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹

alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la cererea de intervenție formulată de, Consiliu constată că a fost depusă, la CNSC, autoritatea contractantă și contestator, cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 18.04.2023, contestația înaintată de SRL, astfel că termenul limită pentru depunerea unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 28.04.2023.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației formulate de SRL și a consolidării poziției, de potențial ofertant câștigător (fiind situat pe primul loc în clasamentul intermediar din 05.04.2023).

Astfel, cererea de intervenție depusă de este apreciată de Consiliu drept cerere de intervenție accesorie, formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... are calitatea de potențial ofertant câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației formulate de SRL, în legătură cu acest rezultat, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante de a continua procedura de atribuire cu analizarea ofertei, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție astfel cum a fost formulată.

Relativ la excepția invocată de autoritatea contractantă și de intervenient, privind tardivitatea contestației, Consiliul o va respinge, ca nefondată, având în vedere dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3), coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, luând în considerare momentul la care contestatorul a luat cunoștință de conținutul actului vătămător, respectiv procesul-verbal de evaluare nr. 6334/17.02.2023.

Autoarea contestației a criticat modul de evaluare a ofertei sale, sub un aspect de care nu a luat cunoștință, în detaliu, până la momentul primirii, în data de 04.04.2023, a Deciziei nr. 718/C5/590 din 30.03.2023, respectiv faptul că lucrările din acordul contractual nr. 96446/19.02.2020 nu au fost reținute, de comisia de evaluare, ca experiență similară de lucrări.

Din dovezile prezentate de părți, Consiliul constată că informații detaliate privind modul de evaluare a experienței similare ce rezultă din documentele prezentate de SRL, respectiv de terțul susținător, au fost redade de autoritatea contractantă în punctul de vedere față de contestația înaintată de, în 06.03.2023, care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. 590/2023,

soluționat prin decizia nr. 718/C5/590 din 30.03.2023 (ele nefiind menționate în Raportul procedurii nr. 7069/24.02.2023). a reclamat în contestația respectivă faptul că, prin contractele nr. 186750/15.05.2015, nr. 36676/22.01.2019, nr. 253257/14.05.2019, nr. 668728/30.12.2019, ... SRL nu îndeplinește cerința privind experiența similară. Față de contestația respectivă, intervenientul SRL s-a apărat arătând că lucrările din contractul nr. 96446/19.02.2020 sunt de tipul solicitat de achizitor, prin anunțul de participare, pentru demonstrarea experienței similare (acest contract nefiind luat în considerare de comisia de evaluare pentru stabilirea nivelului experienței similare a ofertantului intervenient).

Așadar, la data de 06.03.2023 (când autoritatea contractantă a formulat punct de vedere), ... SRL nu avea niciun interes să formuleze contestație, deoarece încă deținea calitatea de „ofertant câștigător”, iar prin formularea unei cereri de intervenție a putut să-și exprime poziția cu privire la contestația formulată de

Studierea dosarului cauzei la sediul CNSC constituie un drept al părților, acestea neputând fi sancționate, în cazul de față, cu respingerea contestației, ca tardivă, dacă nu-și exercită acest drept. Termenul de contestare se calculează de la data la care partea vătămată a luat cunoștință de actul atacat (în speță Decizia CNSC nr. 718/C5/590), iar autoritatea contractantă și intervenientul nu au putut face dovada că termenul de contestare se raportează la o altă dată decât cea indicată de contestator, susținerile acestora fiind speculative.

Prin Decizia nr. 718/C5/590, emisă de CNSC în 30.03.2023, Consiliul a considerat că este eronată analiza realizată de comisia de evaluare asupra experienței similare prezentate de, prin lucrările din contractele antemenționate (reclamate de). Astfel, vătămare ofertantului SRL s-a produs prin infirmarea, de către CNSC, a experienței similare din cele 4 contracte reclamate de

Întrucât Decizia nr. 718/C5/590 din 30.03.2023 i-a fost adusă la cunoștință ofertantului SRL în 04.04.2023, acesta a formulat contestația de față, în 18.04.2023.

Având în vedere că termenul de contestare a actelor emise în prezenta procedură este de 10 zile, potrivit art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, transmiterea contestației în data de 18.04.2023 a fost realizată în conformitate cu această prevedere [pentru zilele nelucrătoare de 14, 15, 16 și 17 aprilie 2023 fiind aplicabile dispozițiile art. 5 alin. (2) din aceeași lege].

Astfel, se dovedește a fi neîntemeiată excepția tardivității contestației, invocată de achizitor și intervenient.

Cât privește excepția inadmisibilității contestației, invocată de intervenient, Consiliul reține susținerile

„Prin Decizia CNSC s-a reținut legalitatea evaluării Acordului Contractual nr. 96446/19.02.2020 în sensul excluderii din experiența similară prezentată de terțul susținător; prin plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC, ... SRL a formulat critici cu privire la cele reținute în privința Acordului Contractual nr. 96446/19.02.2020”.

Consiliul nu poate valida susținerile intervenientului, deoarece, ... SR, prin faptul că a formulat concomitent și plângere împotriva decizie CNSC și contestație împotriva modului de evaluare a experienței similare ce derivă din 96446/19.02.2020, a urmărit să își conserve calitatea de ofertant câștigător, declarat prin raportul procedurii nr. 7069/24.02.2023), respectiv să confirme că deține experiența similară solicitată de autoritatea contractantă.

De altfel, prin plângere, petentul a solicitat instanței „ (...) în temeiul dispozițiilor art. 413 alin. (1) pct. 1 din Codul de procedura civilă, (...) să dispună suspendarea soluționării prezentei plângeri până la soluționarea definitivă a contestației formulate (...) împotriva Procesului-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 6334/17.02.2023”.

În soluționarea excepției inadmisibilității contestației, Consiliul reține următoarele considerente ale Deciziei nr. 289/2023, emisă de Curtea de Apel Brașov:

„Comisia de evaluare nu a luat în considerare în verificarea experienței similare contractul nr. 96446/19.02.2020 în valoare de 48.530.750,26 lei, motivat de faptul că recepția lucrărilor s-a realizat după termenul limită de depunere a ofertelor în cadrul prezentei proceduri.

La data soluționării de către CNSC a contestației în cadrul căreia a fost pronunțată decizia ce face obiectul prezentei plângeri, mențiunea din raportul de evaluare privitoare la excluderea de către autoritatea contractantă de la evaluarea experienței similare a contractului nr. 96446/19.02.2020 nu fusese contestată, astfel că instanța va analiza legalitatea deciziei în contextul împrejurărilor de fapt și de drept existente la momentul pronunțării acesteia. În măsura în care petenta va obține o soluție favorabilă, de anulare în parte a raportului de evaluare sub aspectul mențiunii de excludere de la evaluare a contractului menționat, cu ocazia reevaluării ofertelor vor fi avute în vedere de către autoritate contractantă toate deciziile CNSC/hotărârile judecătorești pronunțate până la momentul reevaluării.”

Așadar, Curtea de Apel s-a pronunțat doar asupra elementelor ce au fost criticate de contestatorul și soluționate de CNSC prin decizia nr. 718/C5/590, din 30.03.2023, fără ca instanța să decidă asupra experienței similare ce derivă din contractul nr. 96446/19.02.2020.

Astfel, prin raportare la condițiile în care a fost formulată prezenta contestație, aceasta nu poate fi considerată inadmisibilă, drept pentru care, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată, excepția inadmisibilității contestației, invocate de intervenient.

Trecând la analiza pe fond a contestației, Consiliul reține că litigiul părților privește experiența similară ce ar rezulta din acordul contractul nr. 96446/19.02.2020, prezentat de terțul susținător

Contestatorul reclamă faptul că experiența similară pe care a prezentat-o din partea trebuie luată în considerare de la momentul la care acesta „a fost introdus în procedura de atribuire, ca terț susținător, abia la data de 3 februarie 2023”.

În soluționarea cauzei, Consiliul ia act de prevederile anunțului de participare, de la secțiunea *Capacitatea tehnică și/sau profesională*:

„Pentru contractele de achiziție de lucrări: Lista principalelor lucrări executate în cel mult ultimii 5 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați.

Ofertantul trebuie sa demonstreze ca a dus la bun sfârșit* in ultimii 5 ani** lucrări de construcție noua și/ sau lărgire și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau reparații capitale de drumuri cel puțin din **clasa tehnică III sau superioare**, care au cuprins și lucrări de artă (poduri și/sau viaducte și/sau pasaje pentru infrastructura rutieră și/sau feroviară) de minim 30 m în valoare cumulată de minim 43.000.000 lei fără TVA la nivelul a maxim 5 contracte.

*) Prin lucrări duse la bun sfârșit se înțelege:

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

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal la terminarea lucrărilor;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal de recepție finala.

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

Ofertantul va face dovada că a executat în cadrul contractelor invocate ca experiență similară: - un pod/pasaj/viaduct rutier sau de transport feroviar de cel puțin 30 m lungime

Modalitatea de îndeplinire:

Pentru scopul prezentei proceduri:

1. perioada de referință - respectiv ultimii 5 ani - va fi întotdeauna calculată în sens invers pornind de la data comunicată în anunțul de participare (publicat la inițierea procedurii) ca fiind termenul limită de depunere a Ofertei, fără a lua în considerare existența și numărul de extinderi ale termenului limită pentru depunerea Ofertei.

2. lucrări realizate în mod corespunzător înseamnă lucrări realizate de Ofertant și recepționate de beneficiarul lucrărilor, în limitele acordului/contractului dintre Ofertant și beneficiarul lucrărilor nominalizat de către Ofertant în DUAЕ și pentru care au fost emise procese-verbale la terminarea lucrărilor sau procese-verbale de recepție finală sau procese-verbale de recepție pe obiect sau certificate de bună execuție.”

Consiliul reține că, prin solicitarea de clarificări nr. 3068/1/27.01.2023, autoritatea contractantă a cerut ofertantului SRL înlocuirea terțului susținător Gorenka Gradbena Druzba. Prin răspunsul nr. 349/03.02.2023, ofertantul a transmis documente aferente terțului susținător, la care a atașat, printre altele:

- DUAЕ, în care sunt înscrise contractele aferente experienței similare de lucrări (inclusiv contractul nr. 96446/19.02.2020);
- contractul nr. 96446/19.02.2020 (încheiat de cu Municipiul Cluj-Napoca, având ca obiect „Lucrări de modernizare Bulevardul 21 Decembrie 1989”), însoțit de diverse documente, de interes fiind, în soluționarea contestației, procesul-verbal la terminarea lucrărilor nr. 639115/**18.07.2022** și extrasul de pe google.maps.com, cu traseul lucrării.

Contestatorul susține că lucrările din nr. 96446/19.02.2020 privesc „drumuri cel puțin din **clasa tehnică III sau superioare**”, iar analiza experienței similare, ce rezultă din acest contract, ar trebui raportată la data de 03.02.2023, momentul la care, „a fost introdus în procedura de atribuire, ca terț susținător, abia la data de 3 februarie 2023”

În procesul-verbal nr. 6334/17.02.2023, comisia de evaluare a consemnat următoarele, referitor la contractul în cauză:

„Descriere: Servicii de Proiectare, asistenta tehnica și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții LUCRĂRI DE MODERNIZARE BULEVARDUL 21 DECEMBRIE 1989: Realizare benzi dedicate transportului în comun, etapa 1 (inclusiv lucrări de infrastructura, amenajare spațiu public, semaforizare, iluminat public și mobilier urban.

- ctr. nr. 96446 din 19.02.2020 – PVRTL nr. 639115 din 18.07.2022
 - valoarea nu conține TVA
 - ponderea din valoarea declarata pentru partea din contract executata de SC este 100%
 - valoarea reprezintă doar partea de execuție lucrări
 - traseul se suprapune peste drumul național DN1C, iar complexitatea lucrărilor este superioara celor ce urmează a fi executate
- Valoare: 48.530.750,26 Moneda: RON Data început 19/02/2020
Data sfârșit: 18/07/2022

Beneficiari: Primaria Municipiului Cluj-Napoca, str. Moșilor, nr. 3

Nota: Comisia de evaluare nu va lua în considerare în verificarea experienței similare contractul 96446 din 19.02.2020 având ca obiect Servicii de Proiectare, asistența tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții LUCRĂRI DE MODERNIZARE BULEVARDUL 21 DECEMBRIE 1989: Realizare benzi dedicate transportului în comun, etapa 1 (inclusiv lucrări de infrastructura, amenajare spațiu public, semaforizare, iluminat public și mobilier urban **având în vedere ca recepția lucrărilor s-a realizat după termenul limită de depunere al ofertelor în cadrul prezentei proceduri**”.

Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare nu a luat în considerare acest contract, având în vedere că recepția lucrărilor aferente nu s-a realizat „în cel mult ultimii 5 ani”, raportați la termenul limită de depunere a ofertei (19.10.2021), respectiv în perioada 19.10.2016-19.10.2021.

Trebuie remarcat faptul că ofertantul contestator nu tăgăduiește realizarea recepției lucrărilor în afara acestei perioade, ci consideră că aceasta trebuia raportată la data de 03.02.2023, momentul în care terțul susținător a fost introdus în „procedura de atribuire”.

Consiliul consideră a fi eronată aprecierea contestatorului, având în vedere că, prin anunțul de participare, condițiile referitoare la criteriului de calificare „experiența similară” au fost prevăzute explicit și, totodată, sunt în conformitate cu dispozițiile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 [„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă”].

Reinterpretarea dată de SRL criteriului de calificare reprezintă o contestare a prevederilor anunțului de participare, respectiv a criteriului de calificare amintit. Dacă ofertantul în cauză ar fi fost nemulțumit de acest criteriu de calificare, ar fi trebuit să îl conteste în termen de 10 zile de la publicarea anunțului de participare, conform prevederilor de la art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, formularea de critici împotriva documentației de atribuire, în stadiul actual al procedurii de atribuire, constituie un demers tardiv.

Conform art. 75 din Legea nr. 98/2016, operatorii economici au obligația întocmirii ofertei cu respectarea tuturor cerințelor documentației de atribuire. Corelativ, comisiei de evaluare îi revine sarcina analizării ofertelor prin raportare la prevederile documentației de atribuire [în

speță la criteriile de calificare existente în anunțul de participare, în temeiul art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016].

Faptul că înlocuirea terțului s-a realizat în 03.02.2023 nu are nicio relevanță, dar nici influență asupra aprecierii, în prezenta procedură, a perioadei de executare a lucrărilor similare. Ofertantul, recurgând la capacitățile altei entități, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, trebuia să se asigure de sprijinul terțului susținător, înainte de a depune oferta. Înlocuirea terțului, în perioada de evaluare a ofertei, constituie o șansă de care beneficiază ofertantul spre atribuirea contractului, în niciun caz o derogare de la regulile din procedura de atribuire.

Admiterea punctului de vedere al contestatorului ar însemna încălcarea principiului transparenței, stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, prin care se înțelege aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire.

Neîndeplinirea cerințelor de calificare, nici prin terț susținător înlocuitor, constituie un aspect imputabil exclusiv ofertantului.

Relevante în acest sens sunt concluziile avocatului general, din cauza C-223/16 Casertana Costruzioni Srl împotriva Ministero delle Infrastrutture:

„69. În opinia noastră, este evident că ofertanții sunt – și trebuie să fie – responsabili pentru alegerile făcute în ceea ce privește entitățile ale căror capacități doresc să le menționeze. Aceste alegeri sunt decizii comerciale de mare importanță. Un ofertant prudent trebuie să evalueze cu grijă și să verifice capacitățile potențialilor săi parteneri comerciali. Prin menționarea lor, el își ia un angajament față de autoritatea contractantă. Nu se poate susține că posibilitatea pierderii de către un terț a capacităților necesare în vederea autorizării pentru executarea unor lucrări publice este inexorabilă sau inevitabilă.

70. După cum a statuat Curtea în Hotărârea Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 permit ofertanților să menționeze capacitățile mai multor entități terțe pentru a dovedi îndeplinirea unui nivel minim de capacitate. Astfel, un ofertant prudent ar putea să aibă în vedere, atunci când depune o ofertă, menționarea capacităților mai multor entități pentru evitarea consecințelor negative care ar decurge în cazul în care una dintre entitățile respective ar pierde capacitățile necesare(31).”

Mai mult decât atât, Consiliul constată că lucrările din contractul nr. 96446/19.02.2020, **nu sunt aferente unor drumuri din clasa tehnică III** sau superior, astfel cum s-a solicitat, ci **străzi de categoria II și IV** (fapt arătat și de contestator, în susținerea criticilor sale).

Analizând informațiile din SEAP (aferente anunțului de participare nr. CN1009201/18.02.2019, în baza căruia a fost atribuit contractul nr. 96446/19.02.2020), respectiv „Documentația de avizare a lucrărilor de intervenție elaborată conform HG 907/2016”, Consiliul observă că lucrările privesc executarea unor **străzi de categoria II și IV, nu drumuri** de clasa tehnică III:

„3.3.g) Alți parametri, în funcție de specificul și natura construcției

Străzile care fac obiectul prezentei documentații fac parte din rețeaua de străzi a orașului Cluj, jud. Cluj.

Nr.cr t	Denumire ax proiect	Lungime proiectata [ml]
1	Bd. 21 Decembrie 1989	1460.00
2	Bd. 21 Decembrie 1989 - Bretea Dreapta	176.00
3	Str.David Ferenc	62.00
		Total 1698.00

Din punct de vedere geometric, **aceste străzi** au o platformă variabilă, Bd-ul 21 Decembrie 1989 este o strada de categoria a-II-a, are o parte carosabilă de circa 12,00 ...24,00 m, trotuare pe ambele parti, Bd-ul 21 Decembrie 1989 - Bretea Dreapta are o parte carosabila de 6.00 m, trotuar, iar Str.David Ferenc este o strada de categoria a-IV-a, are latimea de minim 3.00m și trotuare pe ambele parti.

Străzile care fac obiectul prezentei documentatii sunt asfaltate, iar prin tema de proiectare se solicită realizarea unor lucrari de modernizare pentru Bd. 21 Decembrie 1989 care presupun realizarea unor benzi dedicate transportului public in comun (inclusiv lucrari de infrastructura, amenajare spatiu public, semaforizare, iluminat public și mobilier urban), iar in ceea ce priveste strada David Ferenc, in urma lucrarilor de modernizare, aceasta strada se va transforma in alee pietonala.

3.4. Analiza stării construcției, pe baza concluziilor expertizei tehnice și/sau ale auditului energetic, precum și ale studiului arhitecturalo-**istoric** **Bulevardul 21 Decembrie 1989 este o stradă de categoria a II-a (de legătură)** care are un carosabil de circa 12,0 ... 24,0 m lățime, **strada David Ferenc este o strada de categoria IV** care are latimea partii carosabile de 3.00 m iar intreg sectorul investigat are o lungime de circa 1700 m. (...)

Străzile care fac obiectul prezentei expertize asigură deplasarea pietonilor și a mijloacelor auto în interiorul orașului Cluj Napoca. Bulevardul 21 Decembrie analizat este o stradă de categoria a II-a, strada David Ferenc este o strada de categoria IV, ambele au structură rutieră nerigidă cu o îmbrăcăminte bituminoasă, însă pe sectorul analizat partea carosabilă este într-o stare tehnică

satisfăcătoare. Traseul străzii analizate se desfășoară într-o zonă cu un relief care nu ridică probleme privind geometria în plan și în profil longitudinal.

(...)

4.c) Soluțiile tehnice și măsurile propuse de către expertul tehnic

Modernizarea structurii rutiere existente pe Bulevardul 21 Decembrie 1989 și pe strada David Ferenc se va face în funcție de tema de proiectare, de

capacitatea portantă a structurii rutiere, de starea de degradare, de natura pământului din patul drumului și de traficul actual și de perspectivă.

În profil transversal, având în vedere situația existentă din teren și importanța sectoarelor analizate, se recomandă proiectarea unor elemente geometrice corespunzătoare unor **străzi de categoria a-II-a** și respectiv alei pietonale, conform «Normelor tehnice privind proiectarea, construirea și modernizarea străzilor și drumurilor» (Legea 37/1975 republicată cu modificări în 1978, Ordinului Ministrului Transporturilor nr. 45/06.04.1998 publicat în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 138 bis/06.06.1998) și STAS 10144/2 din 1991-Trotuare, alei de pietoni și piste de ciclisti.”

În Decizia CNSC nr. 718/C5/590, din data de 30.03.2023, și menținută de Curtea de Apel Brașov, prin Decizia nr. 289/2023 din 05.05.2023, Consiliul a prezentat în detaliu distincția dintre **drumuri din clasa tehnică II sau superior** și **străzi de categoria II și IV** (raționament ce este de prisos a fi reluat în, totalitate, în prezenta decizie):

„Cerința de calificare nu lasă loc la interpretare, este explicită, autoritatea contractantă fiind interesată în selectarea unui operator care a realizat drumuri de clasa tehnică III sau superior, deci drumuri clasificate de OMT nr. 1296/2017, în niciun caz drumuri din categoria celor prevăzute în OMT nr. 49/2018. Faptul că o stradă este un drum public din interiorul unei localități [conform definiției de la art. 8 alin. (1) lit. c) din OG nr. 43/1997], nu înseamnă că este drum în înțelesul OMT nr. 1296/2017.

De altfel, în procesul-verbal nr. 4951/09.02.2023, comisia de evaluare a analizat experiența similară prin raportare la prevederile OMT nr. 1295/2017 pentru aprobarea Normelor tehnice privind stabilirea clasei tehnice a drumurilor publice.”

Totodată, în considerentele deciziei sale, Curtea de Apel Brașov a arătat, pentru respingerea plângerii formulate de SRL, următoarele:

„Așadar, **nu prezintă relevanță în cauză analiza categoriei funcționale** din care fac parte drumurile pentru care au fost depuse contractele în dovedirea experienței similare, **ci doar clasa tehnică**, ce se stabilește potrivit Ordinului 1295/2017.

Excluderea străzilor de la încadrarea în clase tehnice este realizată de legiuitor prin norma expresă, care nu face distincția între străzi ce se încadrează mai multe categorii funcționale. Astfel, chiar dacă în privința categoriei funcționale, sunt aplicabile dispozițiile art. 11 OG 43/1997 și art. 1.3 Ordinul 1296/2017, în privința clasei tehnice, sunt aplicabile dispozițiile Ordinului 1295/2017, care, prin dispozițiile art. 1.4 și 1.3 exclud coroborarea cu dispozițiile art. 11 OG 43/1997 în vederea identificării obiectului clasificării.

Nu pot fi reținute, așadar, susținerile petentei, potrivit cărora sunt aplicabile dispozițiile art. 11 alin. 1 și 2 OG 43/1997 și 2.4 din Ordinul

45/1998 (act normativ abrogat prin Ordinul 1296/2017), în sensul că străzile din interiorul localităților care reprezintă continuarea traseelor drumurilor naționale, a drumurilor județene și a drumurilor comunale au cel puțin aceeași clasă cu drumurile al căror traseu este preluat de străzile respective, deoarece dispozițiile art. 11 OG 43/1997 se referă la menținerea categoriei funcționale, nu a clasei tehnice, iar străzile sunt excluse, fără distincție, de la încadrarea în clase tehnice, potrivit Ordinului 1295/2017.

Chiar dacă, potrivit criteriilor din OMT 1295/2017, drumurile se clasifică tehnic în funcție de trafic, comisia de evaluare a emis un raționament greșit încadrând străzi (drumuri din interiorul localității) în categoria tehnică potrivit OMT 1295/2017. De altfel, potrivit dispozițiilor art. 3.1 din Ordin, încadrarea drumurilor în clase tehnice se realizează pentru drumurile existente de către unitățile care le administrează, iar pentru drumurile noi, de către unitățile care le vor administra după darea lor în exploatare.

Lucrările ce au făcut obiectul contractului 186750/15.05.2015 nu au fost încadrate în clase tehnice de către unitatea care administrează drumurile, împrejurare ce confirmă raționamentul expus, comisia de evaluare realizând încadrarea acestor lucrări, cu încălcarea normelor în vigoare.”

Așadar, întrucât **lucrările din contractul nr. 96446/19.02.2020, nu sunt „drumuri cel puțin din clasa tehnică III sau superioare”**, nici sub acest aspect cerința de calificare nu este îndeplinită.

În fapt, contestatorul încearcă o negociere cu achizitorul, în scopul transformării ofertei sale, dintr-una vădit inacceptabilă, într-una acceptabilă. O eventuală acceptare, de către comisia de evaluare, a interpretării date de contestator cerinței de calificare, ar reprezenta o încălcare a principiului transparenței și a principiului tratamentului egal, statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens s-a pronunțat și CJUE, în Cauza C-131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A:

„27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C- 599/10,

EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28 Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea din 29 martie

2012, SAG ELV Slovensko și alții, C- 599/10, EU:C:2012:191, punctul 37)."

Pentru toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația. Pe cale de consecință, Consiliul va respinge și cererea contestatorului, de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Prin urmare, Consiliul va admite cererea de intervenție înaintată de

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă și intervenientul

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție înaintată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.