

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....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., depusă de..., lider al..., cu sediul în..... **nr...., bl....**, parter și ap....., înregistrată la... Comerțului sub nr...., având..., reprezentată legal prin..., administrator, și, convențional, prin avocat..., cu sediul în..... nr.... -15..., etaj....., sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Servicii de consultanță și supervizare a proiectării și execuției lucrărilor pentru „...”, cod... Servicii de consultanță în domeniul ingineriei și al construcțiilor (Rev.2), de ... „...” S.A., cu sediul în..., bd.... nr....., *în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat:*

(a) Anularea raportului procedurii nr.... și a adresei nr..... emisă de către ..., precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către... .. SpA -... care, astfel cum urmează să argumenteze, s-ar fi impus a fi respinsă ca neconformă și inacceptabilă;

(b) Obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii caracterului neconform și inacceptabil al ofertei... .. și ulterior, stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile;

(c) obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului administrativ-jurisdicțional, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr...., în cadrul dosarului nr...., depusă de SPA cu sediul în Via delle... Roma, Italia, înmatriculată în... Comerțului din Roma sub nr...., cod unic de înregistrare..., cu sucursala București, cu sediul în str..... nr...., bloc..., scara..., etaj..., ap....., București, înmatriculată la... Comerțului din București sub nr...., cod unic de înregistrare RO..., în calitate de lider al... .. SPA (lider)-...-.... LTD și..., cu sediul în...,.... nr....., având

nr.... înregistrare la... Comerțului J2... și CUI..., în calitate de membru al... .. SPA (liader) -..... LTD, intervenientele au solicitat:

I) Conexarea dosarului nr.... la dosarul nr...., ambele constituite la Consiliu, în temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016;

II) Admiterea cererii de intervenție în principiu și pe fondul acesteia;

III) Respingerea contestației formulate de... (lider)-... ca fiind nulă/anulabilă și, în subsidiar, ca nefondată;

IV) Menținerea actelor emise de către entitatea contractantă ca legale și temeinice;

V) În temeiul art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, acordarea accesului la întreg dosarul cauzei nr.... constituit la Consiliu, în special oferta tehnică și financiară a contestatoarei, precum și toate actele entității contractante în legătură cu acestea;

VI) În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea contestatoarelor la suportarea solidară a tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestațiilor.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr....., depusă de..., lider al....-... AȘ, cu sediul în..... nr....., înregistrată la... sub nr...., având CUI..., reprezentată legal prin..., director general, și, convențional, prin avocat..., contestatoarea a solicitat:

1) Anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii transmis prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr...., precum și anularea tuturor actelor ce au stat la baza evaluării ofertei... .. și a declarării admisibile și conforme a ofertei câștigătoare;

2) Constatarea incidenței motivului de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. h) pentru... .., precum și a condițiilor de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016;

3) Constatarea în subsidiar a caracterului inacceptabil și neconform al ofertei... .., precum și a nelegalității evaluării și punctării ofertei... ..;

4) Obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei... și a... .., conform argumentelor învederate în cadrul contestației și cu deplina respectare a dispozițiilor legale și a cerințelor prevăzute prin documentația de atribuire;

5) Obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea contestației, conform art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016;

Cu titlu prealabil, solicită, în considerarea art.... din Legea nr. 101/2016, acces la dosarul achiziției publice și să i se permită să facă copii documentele privind evaluarea ofertelor contestate prin contestație.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr...., în cadrul dosarului nr...., depusă de SPA, în calitate de lider al... SPA (lider)-...-.... LTD și..., membru al..., intervenientele au solicitat:

I) Conexarea dosarului nr.... la dosarul nr...., ambele constituite la Consiliu, în temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016;

II) Admiterea cererii de intervenție în principiu și pe fondul acesteia;

III) Respingerea contestației formulate de... (lider)- ... AȘ ca fiind nulă/anulabilă, în subsidiar, lipsită de interes și, în terțiar, ca nefondată;

IV) Menținerea actelor emise de către entitatea contractantă ca legale și temeinice;

V) În temeiul art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, acordarea accesului la întreg dosarul cauzei nr.... constituit la Consiliu, în special oferta tehnică și financiară a contestatoarei, precum și toate actele entității contractante în legătură cu acestea;

VI) În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea contestatoarelor la suportarea solidară a tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestațiilor.

Contestațiile și cererile 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.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr.... au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care... și... critică rezultatul procedurii de atribuire.

În cadrul primei contestații formulate în cadrul procedurii de..., lider al..., contestație ce face obiectul dosarului nr...., contestatoarea critică modul în care s-a asigurat **accesul la dosarul achiziției** de către entitatea contractantă.

Pe fondul cauzei, apreciază că oferta... ... fost în mod greșit desemnată câștigătoare; aceasta trebuia: (A) exclusă, urmare a abaterilor grave, repetate, anterioare săvârșite de membru asociat ..., pe care a omis să le declare transparent în DUAЕ și (B) respinsă, urmare a multiplelor abateri/neîndepliniri ale cerințelor documentației de atribuire și legislației incidente.

A. Susține că sunt incidente cazurile de excludere a ... reglementate de art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016; există abateri grave în contractele anterioare, inclusiv rezilierea unuia dintre acestea, pe care ... nu le-a declarat în DUAE

A.1 Abaterile grave ale ... în legătură cu contractele anterioare

A.2 Situația executării defectuoase repetate a contractelor anterioare reprezintă abatere gravă, fiind aptă să atragă excluderea din procedura de atribuire atât din perspectiva existenței faptelor, cât în special din perspectiva distinctă/de sine stătătoare a omisiunii informării transparente, în DUAE depus în procedură, cu privire la situațiile de acest tip.

Contestatoarea concluzionează că se impune excluderea ofertei... în contextul în care:

Membrul asociat ... și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unor contracte anterioare, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a unuia dintre ele și la plata de penalități, fapt pentru care este incident motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016;

... nu a informat ... privind conduita sa și sancțiunile aplicate, deși putea și trebuia să o facă în cadrul formularului DUAE, fapt pentru care este incident motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Nicio eventuală încercare a ... de a lămuri, în prezent, situația semnalată și probată mai sus nu mai poate conduce la reabilitarea și menținerea în procedura de atribuire a ofertantului care a încălcat obligația de sinceritate și transparență la momentul completării documentelor de licitație.

B. Contestatoarea susține că oferta... a fost greșit desemnată câștigătoare în contextul în care aceasta conține mai multe abateri de la cerințele documentației de atribuire, fiind atât inacceptabilă, cât și neconformă

B.1. Oferta... este inacceptabilă, neîndeplinind mai multe dintre cerințele de calificare

1.... nu îndeplinește cerința de calificare referitoare la deținerea autorizațiilor/ agrementelor AFER.

În mod esențial, cerința de deținere a autorizațiilor/agrementelor AFER nu are un caracter formal sau declarativ, ci reprezintă o condiție de calificare esențială, direct legată de capacitatea legală și tehnică a operatorilor economici de a presta servicii în domeniul infrastructurii feroviare. Această cerință este instituită tocmai pentru a asigura faptul că operatorii economici implicați în realizarea contractului îndeplinesc standardele de competență, siguranță și conformitate impuse de legislația specială aplicabilă sectorului feroviar.

Or, în speță, nici ..., nici ..., în calitate de membri ai... nu dețin autorizații/agremente AFER corespunzătoare părților de contract pe care

urmează să le realizeze, contrar cerinței exprese și neechivoce din Fișa de date. Această situație este cu atât mai gravă cu cât documentația de atribuire prevede explicit că, în cazul asocierilor, cerința trebuie îndeplinită individual de fiecare asociat, în raport cu activitățile asumate în cadrul contractului, nefiind permisă suplinirea sau compensarea capacității între membrii... sub acest aspect.

De altfel, obligația de a deține autorizații AFER este indisolubil legată de obiectul contractului, care vizează servicii de consultanță și supervizare în domeniul infrastructurii feroviare, activități ce nu pot fi prestate legal în lipsa acestor autorizații. Acceptarea unei oferte depuse de o asocierie care nu îndeplinește această cerință ar echivala cu validarea unei situații de nelegalitate în executarea viitorului contract, ceea ce este inadmisibil.

2.... .. nu îndeplinește nici cerința de calificare privind experiența similară

Analiza documentelor depuse pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară ridică serioase semne de întrebare cu privire la conformitatea acestora cu cerința minimă impusă, aspect confirmat inclusiv de informațiile certe și relevante deținute din alte proceduri de achiziție publică derulate în paralel cu prezenta procedură, în cadrul cărora aceleași contracte invocate de... .. au fost analizate și apreciate ca neîndeplinind cerințe minime similare de experiență.

În mod concret, în cadrul acestor proceduri paralele, s-a constatat că experiența prezentată de ofertant nu vizează servicii comparabile sub aspectul complexității, valorii și/sau rolului efectiv îndeplinit, ci se raportează la servicii care nu pot fi asimilate noțiunii de „experiență similară” astfel cum aceasta a fost definită în documentația de atribuire. Această constatare este cu atât mai relevantă cu cât cerințele de calificare din procedurile respective sunt similare cu cele stabilite în prezenta procedură, ceea ce permite o evaluare comparativă obiectivă și pertinentă.

În acest context, entitatea contractantă avea obligația de a realiza o verificare atentă, completă și riguroasă a experienței similare declarate de... .., inclusiv prin raportare la informațiile publice. Ignorarea acestor informații sau validarea formală a experienței invocate, fără o analiză de fond, ar transforma procesul de evaluare într-un demers pur formal, lipsit de substanță.

B.2. Oferta... .. este neconformă întrucât nu reflectă o capacitate reală de a asigura parte din obiectul contractului în curs de atribuire cu personal calificat

Propunerea tehnică nu reflectă o corelare coerentă între structura echipei propuse și complexitatea activităților care fac obiectul contractului, ceea ce ridică serioase îndoieli cu privire la capacitatea... .. de a asigura continuitatea, calitatea și conformitatea serviciilor pe întreaga durată a contractului. Lipsa unei justificări clare privind

repartizarea responsabilităților, nivelul de implicare al personalului-cheie și disponibilitatea acestuia pe durata contractului constituie un indiciu suplimentar al caracterului formal al ofertei.

În acest context, acceptarea unei oferte care nu reflectă o capacitate reală de mobilizare a personalului calificat ar echivala cu golirea de conținut a cerințelor documentației de atribuire, transformând evaluarea propunerii tehnice într-un exercițiu pur declarativ.

B.3 Caracterul nesustenabil al ofertei... .. și nelegalitatea declarării acesteia drept câștigătoare în contextul unui preț neobișnuit de scăzut

În speță, propunerea financiară a... .. prezintă un preț reprezentând...% din valoarea estimată a contractului, diferență semnificativă care, în sine, este de natură să genereze suspiciuni serioase cu privire la caracterul realist al ofertei, în special în raport cu natura și complexitatea serviciilor ce fac obiectul procedurii, precum și cu structura de costuri inherentă acestora. O asemenea abatere semnificativă de la valoarea estimată impunea, în mod necesar, o verificare aprofundată a tuturor elementelor justificative prezentate de ofertant. În plus, fiind factor de evaluare (având cea mai mare pondere dintre factorii de evaluare, respectiv 40%), prețul ofertat trebuia riguros și atent verificat cu ocazia evaluării ofertelor.

Justificarea furnizată de ofertant s-a rezumat la afirmații generale și neconcludente, fără o defalcare detaliată a costurilor relevante și fără prezentarea unor explicații obiective, cuantificabile și verificabile. În lipsa unei structuri clare a costurilor, care să includă, cel puțin, cheltuielile cu personalul, costurile indirecte, marja de profit, riscurile contractuale și cheltuielile administrative, etc, entitatea contractantă nu avea posibilitatea reală de a aprecia dacă prețul ofertat acoperă în mod efectiv toate obligațiile contractuale asumate.

În aceste condiții, acceptarea de către entitatea contractantă a unei justificări sumare și incomplete echivalează cu o încălcare a obligației sale legale de verificare efectivă a caracterului sustenabil al ofertei, transformând mecanismul de analiză a prețului neobișnuit de scăzut într-o formalitate lipsită de conținut. O asemenea abordare afectează nu doar legalitatea procedurii, ci și principiile fundamentale ale achizițiilor sectoriale, respectiv tratamentul egal, transparența și utilizarea eficientă a fondurilor publice.

B.4 Imposibilitatea motivării complete a criticilor din cauza restricționării accesului la dosarul achiziției; posibilitatea de dezvoltare subsecventă a criticilor deja invocate

În absența accesului neîngrădit la documentele care au stat la baza evaluării ofertei... .., contestatoarea afirmă că se află în imposibilitatea obiectivă de a verifica și analiza în mod efectiv legalitatea și temeinicia evaluării realizate de comisia de evaluare, precum și de a formula critici complete și argumentate în raport cu toate elementele relevante ale ofertei acesteia.

În aceste condiții, își rezervă în mod expres dreptul de a completa și detalia prezenta argumentație ulterior acordării accesului efectiv la dosarul achiziției publice de către Consiliu, în cadrul studiului de dosar, inclusiv prin dezvoltarea unor argumente raportate la documentele concrete depuse de... .. pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul "[CN1... /...225] Contestatie _....pdf.p7s", postat de entitate în SEAP la..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr.....

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... de... "... SA transmite punctul său de vedere asupra contestației, prin care solicită: respingerea contestației formulată de..., în calitate de lider al... formate din... și... ca nefondată; menținerea efectelor raportului procedurii nr.... și a Comunicărilor nr...., nr...., nr...., nr...., nr...., nr...., nr...., nr...., privind rezultatul procedurii de atribuire.

Cu privire la critica privind excluderea ofertantului..., susține că, prin documentele justificative transmise de... .. SPA (lider) -... (ofertant) -... (ofertant), prin care se demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în fișa de date și DUA... a prezentat informații suplimentare privind DUA... completat de... asociat.... Aceste informații vizează o serie de situații litigioase privind unele contracte finalizate sau în curs de derulare, în state din afara....

Aceste contracte prezentate și analizate de comisia de evaluare fac în prezent obiectul fie al unui litigiu arbitral, fie suspendarea printr-o Hotărâre a unei sancțiuni, fie declararea ca fiind nulă a unei Hotărâri emisă de Tribunal de Contrataciones del Estado, de către... de Justiție din Lima.

Entitatea contractantă, prin comisia de evaluare legal constituită la nivelul său, în derularea unei proceduri de achiziție, nu are atribuțiile unei comisii de anchetă sau ale unei instanțe de judecată, atribuțiile comisiei de evaluare fiind limitate la verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și a absenței motivelor de excludere în baza informațiilor și documentelor prezentate de ofertant.

În consecință, analiza comisiei se limitează la ceea ce poate fi constatat pe baza informațiilor/documentelor transmise și a cadrului legal aplicabil în materie de achiziții publice, ori, din această perspectivă, comisia de evaluare și-a îndeplinit îndatoririle.

În urma analizării informațiilor suplimentare furnizate de ofertant cu privire la situațiile litigioase ale... asociat... și a faptului că situațiile litigioase nu sunt definitive, comisia de evaluare a constatat că nu rezultă existența vreunui motiv de excludere în sensul art. 180 alin. (1) lit. c) sau lit. g) din Legea nr. 99/2016, astfel cum reiese din cele

consemnate în anexa la procesul verbal de evaluare nr.... - etapa documente suport DUAE.

Având în vedere cele prezentate mai sus, solicită Consiliului să respingă criticile formulate de... privind... asociat....

Cu privire la faptul că oferta... ... a fost greșit desemnată câștigătoare în contextul în care aceasta conține mai multe abateri de la cerințele documentației de atribuire, fiind atât inacceptabilă, cât și neconformă, arată că oferta... ... nu poate fi calificată ca inacceptabilă sub aspectul pretensei lipse a autorizației/agrementului AFER deținut de SPA.

Aplicarea dispozițiilor art. 58 alin. (1) din HG nr. 394/2016 este clară și imperativă, în sensul că, în cazul unei asocieri, cerințele privind capacitatea tehnică și profesională se consideră îndeplinite atunci când cel puțin unul dintre membrii... deține autorizația necesară pentru partea din contract pe care o execută, condiție pe deplin respectată în cazul în speță.

În acest sens, așa cum se menționează în Anexa la procesul verbal de evaluare nr.... - SPA a prezentat Agrementul tehnic pentru „Proiectare și Consultanță în domeniul feroviar și cu ..., cu excepția instalațiilor feroviare și cu ..., prin urmare, cerința de capacitate tehnică este îndeplinită legal, iar oferta nu poate fi respinsă ca inacceptabilă.

De asemenea... a prezentat Agrementul tehnic, la pag. 421-422 din ofertă, așa cum se menționează în Anexa la procesul verbal de evaluare nr.... - etapa documente suport DUAE.

Entitatea contractantă arată că susținerea contestatoarei privind pretinsa obligație a operatorilor SPA și... de a deține autorizație de furnizor feroviar este neîntemeiată.

Având în vedere că actul normativ emis în temeiul HG nr. 526/2025, prin care operatorii economici trebuie să dețină și autorizație a fost adoptat ulterior publicării anunțului de participare nr.... și a intrat în vigoare la data de..., acesta nu este aplicabil procedurii aflate în derulare.

La data inițierii procedurii, cadrul normativ aplicabil era cel instituit prin OMT nr...., potrivit căruia, pentru activitățile de proiectare și consultanță, era suficientă deținerea agrementului tehnic feroviar pentru ofertanții străini, doar ofertanții români având obligativitatea de a deține autorizație de furnizor feroviar și agrement tehnic.

În acest sens, comisia de evaluare a constatat că operatorii au prezentat agrementele tehnice feroviare, aspect consemnat în Anexa la procesul verbal de evaluare nr.....

Prin urmare, cerința de capacitate tehnică este îndeplinită, iar critica este lipsită de temei legal.

În referire la criticile privind faptul că oferta... .. că nu ar îndeplini nici cerința de calificare privind experiența similară, entitatea contractantă arată că cerința este pe deplin îndeplinită de... .., prin contracte de consultanță și supervizare duse la bun sfârșit, aferente modernizării infrastructurii feroviare, în conformitate cu prevederile Fișei de date a achiziției.

Analiza detaliată a acestor documente este consemnată în Anexa la procesul verbal de evaluare nr.....

Solicită Consiliului să respingă criticile formulate de... în calitate de lider al... formate din... și... privind experiența similară a... .., acestea fiind nefondate și nelegale, încălcându-se astfel prevederile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Învederează că susținerea contestatoarei privind oferta... .. ca fiind neconformă, întrucât nu reflectă o capacitate reală de a asigura parte din obiectul contractului în curs de atribuire cu personal calificat este neîntemeiată.

Comisia de evaluare a procedat legal și temeinic, iar oferta nu poate fi considerată neconformă pentru aceste aspecte, contestația fiind lipsită de temei, încălcându-se astfel prevederile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În referire la criticile aduse caracterul nesustenabil al ofertei... .. și nelegalitatea declarării acesteia drept câștigătoare în contextul unei preț neobișnuit de scăzut, arată că, din documentele dosarului de achiziție se poate observa cu ușurință că această critică este nefondată și pur speculativă.

Comisia de evaluare a solicitat... .., prin adresa nr....., clarificări cu privire la prețul propus, prin prezentarea unor documente justificative din care să reiasă modalitatea de calcul a ofertei financiare. Evaluarea răspunsului se regăsește în procesul verbal nr....., procesul verbal nr.... și procesul verbal nr.....

Cu privire la restricționarea accesului la dosarul achiziției, arată că are obligația de a respecta caracterul confidențial al ofertelor așa cum a fost declarat și justificat de către ofertanți.

Cu privire la solicitarea de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată, consideră că solicitarea este neîntemeiată și trebuie respinsă, întrucât respingerea ofertei a intervenit exclusiv din culpa proprie a ofertantului, care, prin nedepunerea acordului de asociere solicitat expres prin documentația de atribuire, s-a autoexclus din procedura de atribuire.

Prin demersul administrativ-jurisdicțional formulat, contestatoarea încearcă să înlăture consecințele unei culpe proprii ce ține de modul de elaborare și depunere a ofertei, culpă care, prin natura sa și potrivit cadrului legal aplicabil, nu poate fi remediată ulterior și nu poate genera vreo obligație în sarcina entității contractante.

Totodată, solicitarea de acordare a cheltuielilor de judecată este contrară Declarației ofertantului (formularul D) depusă odată cu oferta, prin care contestatoarea a declarat în mod expres că își asumă toate costurile legate de elaborarea și depunerea ofertei și că nu va solicita vreodată entității contractante rambursarea acestora.

Pentru toate argumentele expuse și cu raportare la toate înscrisurile la care s-a referit în punctul de vedere, care fac parte din dosarul achiziției, solicită Consiliului să respingă contestația formulată de... și să mențină efectele raportului procedurii nr.... și a comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise, pe suport electronic, prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., respectiv nr...., înregistrată la Consiliu sub nr.....

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr...., în cadrul dosarului nr.... SPA, lider al... .. SPA -... LTD, și..., membru al..., au solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Invocă excepția lipsei semnării contestației de către reprezentanții legali sau convenționali.

Răspund punctual criticilor din contestație, arătând că decizia nr..... din... nu are autoritate de lucru judecat în prezenta cauză.

Concluzionează că nu există motive de excludere a operatorului economic, nefiind întrunite condițiile de la art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016 în privința societății... LTD.

În referire la acordurile tehnice AFER, experiența similară, personalul calificat, prezentarea propunerii tehnice și nejustificarea unui preț neobișnuit de scăzut, apreciază motivarea contestatoarei ca fiind pur speculativă, lipsită de orice suport factual sau probator.

Susține că oferta depusă în cadrul procedurii este conformă și în mod corect a fost declarată câștigătoare.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatoarea transmite note scrise.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatoarea transmite note de cheltuieli.

Entitatea contractantă, prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., transmite răspuns la notele scrise nr.... depuse de contestatoare.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatoarea transmite concluzii scrise.

Intervenientele, cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., răspund notelor scrise din..., depuse de contestatoare.

Prin cea de-a doua contestație formulată în cadrul procedurii de..., lider al....-... AȘ, contestație ce face obiectul dosarului nr...., contestatoarea sintetizează criticile sale astfel:

I. Sinteza problemelor deduse judecății

II. Excluderea... în temeiul art. 66 din Legea 99/2016, sub motivul că terțul susținător al experienței similare este sub incidența motivului de excludere al art 66. Nelegalitatea excluderii

1) Rezumatul situației de fapt relevante

2) Excluderea... în baza dispozițiilor legale care normează excluderea terțului. Sancțiunea de la art. 66 reprezintă o sancțiune individuală a terțului și nu a....

3) Obligația ... de a aplica art....7 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și în contextul.... Evaluarea încălcă... și nu explică motivele pe baza cărora norma națională prevalează Deciziei obligatorii a CJUE. Evaluarea încălcă dispozițiile art. 79 din Directiva.../25.

4) Entitatea contractantă a denaturat dispozițiile art. 66 și a încălcat prevederile art....7 alin. (2) prin modalitatea în care a înțeles să interpreteze și să aplice aceste dispoziții. Dreptul înlocuirii terțului este un drept absolut impus prin normele....

În concluzie, solicită ca, în reevaluare, ... să fie obligată să dispună fie acordarea posibilității înlocuirii terțului în temeiul prevederilor art....7 alin. (2), fie să fie continuată evaluarea ofertei... fără luarea în considerare a experienței similare a terțului, raportat doar la experiența membrilor....

Reiterează că îndeplinește toate cerințele, iar reintrarea în evaluare îi permite câștigarea procedurii de licitație, ... refuzând nelegal să îi acorde șansa câștigării licitației, și denaturând astfel rezultatul procedurii.

III. Evaluarea ofertei... ..

A. Susține necesitatea excluderii... .. pentru nedeclararea în DUAE de către asociatul... a abaterilor grave realizate în 4 contracte executate în Peru, precum și a altor sancțiuni și interdicții de participare impuse în procedurile de licitație din Peru - aplicarea art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea 99/2016.

1) prezintă rezumatul situației de fapt relevante

Astfel, susține că, în procedură..., la completarea în DUAE, a bifat nu la situații de excludere, rezultând că operatorul a asumat că nu există situații de excludere ce trebuie să fie aduse la cunoștința entității contractante.

În procedura de licitație organizată în anul... (octombrie... depunere oferte) de Primăria... pentru atribuirea contractului Servicii de *supervizare aferente obiectivului de investiții "...", inițiată prin anunțul CN107...99/... (licitația ...)*, operatorul ... a participat individual și a menționat în DUAE existența a 7 contracte de supervizare în Peru cu abateri, în cadrul cărora au existat penalități multiple și rezilieri, în perioada.... De asemenea, în cadrul clarificărilor, ... a prezentat măsurile auto-corective luate pentru evitarea în viitor a comiterii unor astfel de

abateri grave; în urma evaluării, Primaria... a respins oferta ... în temeiul art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În cadrul contestației formulate de către ... împotriva rezultatului din procedură, prin decizia Consiliului nr.... s-a menținut evaluarea... și (i) s-a constatat atât incidența *mai* multor abateri grave în mai multe contracte (situație încadrată la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016), precum și (ii) lipsa unor măsuri de auto-corectare relevante în a dovedi fiabilitatea nu a fost contestată de către ..., astfel că statuările Consiliului se impun cu forță de lege și în prezenta procedură. Așadar, abaterile grave săvârșite de ... în contractele executate în Peru și care au fost analizate de către Primaria... în procedura sus-menționată, se probează cu putere de lege prin decizia CNSC, fără a exista posibilitatea încălcării acestei hotărâri cu caracter definitiv și obligatoriu [s.n. contractele au fost menționate în DUAЕ de către ..., spre deosebire de procedura de față, de unde rezultă că trebuie operată excluderea direct în baza lit. h) de la art. 180 alin. (1)].

Contestatoarea apreciază că situația de fapt și de drept anterior rezumată a trecut filtrul judecății Consiliului, iar aceste abateri și sancțiuni au dobândit caracter definitiv și obligatoriu ca urmare a necontestării de către ... a deciziei CNSC. Așadar, cu putere de lege se impune aplicarea și respectarea deciziei CNSC privind abaterile multiple și deosebit de grave ale ..., urmând astfel a deveni aplicabile dispozițiile legale incidente în materia excluderii.

B.... baza art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016

Spre deosebire de asumarea prin DUAЕ în licitația ... a abaterilor grave, în prezenta licitație ... nu a menționat în DUAЕ nimic.

Prin ascunderea situației contractelor și a abaterilor grave și repetate, ... a încercat să inducă în eroare entitatea contractantă, conștient fiind că o eventuală analiză de către comisia de evaluare a acestor fapte ar fi putut conduce la o excludere pentru comiterea unor abateri repetate care au produs daune [s.n. faptele se pot încadra și în condițiile de excludere de la art. 180 lit. g)], astfel cum a și statuat decizia CNSC.

C. Excluderea... ... pentru incidența cazului de excludere la art. 180 alin. (1) lit. g). Puterea lucrului judecat ce emană prin decizia CNSC.

Redă concluziile Consiliului.

Totodata, subliniază că decizia CNSC a invalidat și măsurile de self-cleaning prezentate de ..., menținând astfel condițiile de excludere pentru abateri grave și arătând că nu există măsuri relevante în a dovedi că ... *poate executa un contract important în România*.

D. Susține că... ... nu deține ISO... pentru activitatea principală, astfel că oferta este inacceptabilă.

Membrii... ... nu dețin dovada implementării unui standard de asigurare a calității conform standard ISO... pentru activitatea principală ce face obiectul contractului, sau echivalent.

Activitatea contractului este consultanță și supervizare, iar obiectul este modernizarea infrastructurii de cale ferată. Întrucât membrii... .. dețin un standard ISO... pentru consultanță și supervizare a infrastructurii feroviare, însă nu dețin ISO... pentru obiectul contractului conform fișei de date, iar oferta trebuia respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu respectă dispozițiile anterior menționate.

E. Evaluarea eronată a experților... Experții nu dovedesc participarea în contracte care ar permite acordarea punctajului maxim.

1) Expertul infrastructură nu dovedește participarea la 4 contracte similare

2) Coordonatorul de echipă nu demonstrează o experiență vastă în domeniul căii ferate

În concluzie, față de toate argumentele expuse anterior, contestatoarea solicită admiterea contestației, anularea actelor nelegale emise de entitatea contractantă, reevaluarea conform măsurilor solicitate prin contestația sa, respectiv reevaluarea ofertei... și aplicarea dispozițiilor legale ce permit înlocuirea terțului susținător, sau evaluarea în lipsa terțului inițial indicat, precum și respingerea ofertei... .. pentru motivele expuse în contestație.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul "[CN1... /...226]....pdf.p7s", postat de entitate în SEAP la..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr.....

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... de... "... SA transmite punctul său de vedere asupra contestației, prin care solicită: respingerea contestației formulată de..., ca nefondată; menținerea efectelor raportului procedurii nr.... și a comunicărilor nr....., nr....., nr....., nr....., nr....., nr....., nr....., privind rezultatul procedurii de atribuire.

Cu privire la evaluarea ofertei... (lider) -... ve ... (oferant) cu terț susținător... & CONTRACTING -..., arată că, în etapa de evaluare, comisia de evaluare a solicitat clarificări privind încadrarea terțului susținător în definiția de „operator economic”, raportat la dispozițiile art. 3 alin. (1) pct. ii) lit. (iii)-(v) din Legea nr. 99/2016 și a... nr.... pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii)-(v) din Legea nr. 98/2016.

Prin răspunsul transmis, contestatoarea a confirmat că terțul susținător... & CONTRACTING -..., este înregistrat în India, stat care nu se regăsește pe lista prevăzută de... nr.....

În consecință, comisia de evaluare a dispus respingerea ofertei, în temeiul art. 66 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, lipsa calității de operator economic reprezintă o cauză autonomă și imperativă de excludere, care operează anterior și independent de analiza motivelor de excludere sau a criteriilor de calificare.

... nr.... stabilește lista statelor terțe ai căror operatori economici beneficiază de acces la procedurile de achiziție sectorială; întrucât terțul susținător este stabilit în India, iar India nu figurează în lista statelor prevăzute de... nr...., rezultă că terțul nu se încadrează în definiția de operator economic admisibil în sensul Legii nr.... privind achizițiile sectoriale.

Contestatoarea invocă, în mod neîntemeiat, dispozițiile art....7 din Legea nr. 99/2016, referitoare la posibilitatea înlocuirii terțului susținător.

Entitatea contractantă precizează că, ținând cont de prevederile legii achizițiilor sectoriale, a înțeles că articolul...7 alin. (2) este aplicabil exclusiv în situațiile în care terțul nu îndeplinește criteriile de capacitate tehnică sau financiară, sau terțul se încadrează într-un motiv de excludere prevăzut la art....u 180.

În speță... &CONTRACTING -... nu a fost analizat de către comisia de evaluare sub aspectul capacității tehnice sau financiare și nici nu a fost eliminat pentru motive de excludere prevăzute la art. 177, 178 sau 180.

În speță, susține că nu ne aflăm în ipoteza unei simple excluderi a terțului susținător, cu consecința neluării în considerare a susținerii acordate, ci într-o situație de neeligibilitate *ab initio* a acestuia, în sensul art. 66 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care exclude aplicarea mecanismului de înlocuire prevăzut de art....7 alin. (2) din Legea 99/2016.

Totodată, contestatoarea interpretează în mod eronat și dispozițiile art....7 din Legea nr. 99/2016, susținând că ... ar fi fost obligată să acorde dreptul de înlocuire a terțului susținător.

Solicitarea de înlocuire a terțului susținător formulată de contestatoare demonstrează, în mod implicit, că aceasta admite caracterul neeligibil al configurației inițiale a ofertei sale, confirmând astfel existența unei erori proprii în elaborarea și depunerea acesteia.

Având în vedere cele expuse, solicită Consiliului să respingă contestația depusă ca nefondată și să mențină decizia entității contractante ca fiind legală și temeinică.

În referire la evaluarea ofertei... .. SPA (lider) -... (oferant) -... (oferant), susține că, prin documentele justificative transmise de... .., prin care se demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în fișa de date și DUAЕ... a prezentat informații suplimentare privind DUAЕ completat de... asociat.... Aceste informații vizează o serie de situații litigioase privind unele contracte finalizate sau în curs de derulare, în state din afara....

În ceea ce privește cerința privind implementarea unui standard de asigurare a calității conform ISO...u echivalent, entitatea contractantă arată că aceasta este îndeplinită de membrii... .., pentru activitatea

principală ce face obiectul contractului, respectiv servicii de consultanță și supervizare a proiectării și execuției lucrărilor.

Evaluarea certificatelor ISO se regăsește în grila de evaluare a documentelor suport DUAЕ, anexa la procesului verbal de evaluare nr.....

Referitor la criticile privind faptul că oferta... .. este neconformă, întrucât experții nu dovedesc participarea în contracte care ar permite acordarea punctajului maxim, susține că, din procesul de evaluare nr...., reiese analiza comisiei de evaluare, unde se poate observa că experții au deținut poziții similare în cadrul mai multor contracte distincte, având ca obiect supervizare/consultanță a execuției lucrărilor și/sau supervizare/consultanță a proiectării și execuției lucrărilor și/sau execuție lucrări și/sau proiectare și execuție lucrări de construcție nouă și/ sau modernizarea și/ sau reabilitarea de infrastructură de transport feroviar.

Pentru toate argumentele expuse, solicită Consiliului să respingă contestația formulată de..., în calitate de lider al... ve ... АЅ, și să mențină efectele raportului procedurii nr.... și a comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr...., în cadrul dosarului nr.... SPA, în **calitate de** lider al... .. SPA (lider) -..... LTD și..., membru al..., au solicitat cele menționate în partea introductivă a decizie.

Invocă lipsa semnării contestației de către reprezentanții legali sau convenționali ai contestatoarei.

Susțin că societatea contestatoare nu a formulat critici împotriva ofertelor clasate pe locurile 2, 3 și 4, pentru a justifica interesul de a urca în clasament în situația înlăturării caracterului inacceptabil al ofertei.

Intervenientele apreciază că, în mod corect, a procedat entitatea contractantă la respingerea ofertei..., întrucât erau aplicabile prevederile art. 3 alin. (1) lit. (ii) din Legea nr. 99/2016 și nu suntem în situația aplicării prevederilor art....7 din lege referitoare la înlocuirea terțului susținător.

Răspunde criticilor din contestație în referire la situația operatorului economic... Ltd.

..., prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., a transmis concluzii scrise, prin care solicită respingerea apărărilor entității contractante, ca nefondate.

Totodată, având în vedere cererea de intervenție depusă de liderul... .. și....., prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., a transmis concluzii scrise.

De asemenea, intervenientele au depus note scrise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr.....

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

... „...” S.A., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Servicii de consultanță și supervizare a proiectării și execuției lucrărilor pentru „...”, cod... Servicii de consultanță în domeniul ingineriei și al construcțiilor* (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...., data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită în data de..., ora.... Valoarea estimată a contractului de servicii este..., fără TVA.

Nemulțumite fiind de rezultatul procedurii de atribuire..., lider al..., și.....-... AȘ, au depus contestațiile în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

... a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr...., eliberată de..., la data de.... Având în vedere prevederea din fișa de date a achiziției [La elaborarea..., ofertanții se vor raporta la valoarea minima a..., respectiv la valoarea de... fără TVA.], se constată că este respectat quantumul cauțiunii (2% din valoarea estimată a contractului).

... a constituit cauțiunea în sumă totală de..., conform art. 611 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr...., eliberată de..., la data de....

În soluționare, Consiliul are în vedere că, în cauză, au formulat cereri de intervenție SPA, în calitate de lider al... SPA (lider)-...-.... LTD, și..., membru al aceleiași asocieri, în cadrul dosarelor conexe nr....

Cu privire la cererile de intervenție formulate de societățile amintite, interesul acestor societăți este evident fiind declarată câștigătoare... din care fac parte prin raportul procedurii de atribuire nr...., astfel că cererile de intervenție vor fi încuviințate ca cereri de intervenție accesorii în favoarea entității contractante, urmărind menținerea ca temeinice și legale a actelor entității contractante.

Raportat la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.... privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”, cererile de intervenție accesorii au fost transmise, prin e-mail, în termen legal, în data de... (dosarul nr....) și în data de... (dosarul nr....), către Consiliu, societățile contestatoare și entitatea contractantă, contestațiile fiind publicate în SEAP în data de..., respectiv....

Preliminar, Consiliul va răspunde criticilor din cele două contestații și cererile de intervenție, vizavi de modul de asigurare a accesului la dosarul cauzei de către Consiliu și la dosarul achiziției de către entitatea contractantă.

Din analiza raportului procedurii de atribuire nr...., rezultă declararea confidențială a următoarelor documente de către cele două contestatoare și interveniente:

....8 Informații din cadrul ofertelor declarate de ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală (în sensul prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale).

Ofertanții au declarat în mod justificat că următoarele informații din ofertele prezentate trebuie tratate ca fiind confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală:

Declarația privind partea/ părțile din... și FINANCIARA care au caracter confidențial (formular 12).

1. Propunerea tehnică depusă de... .. ITALIA -... (Leader)....

... a depus Formularul 12 - Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial în care a menționat:

"parti/informatii din... si din... depuse in cadrul procedurii de atribuire a contractului

a. Propunerea financiară - integral;

b. Propunerea tehnică - integral;

c. Solicitări și răspunsuri la clarificări - integral (inclusiv anexele);

d. Documentele personalului propus;

e. Procesele verbale ale autorității contractante care reiau (în tot sau în parte) informații din documentele

menționate la pct. a)-d). au caracter confidențial"

[...]

3. Propunerea tehnică depusă de....

... a depus Formularul 12 - Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial în care a menționat:

"precizam ca urmatoarele parti/informatii din... si din... depuse in cadrul procedurii de atribuire a contractului:

a. Propunerea tehnică - completă;

b. Propunerea financiară - completă;

c. Toate clarificările cu privire la propunerea tehnica si propunerea financiara au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime in ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală"

4. Propunerea tehnică depusă de... (Leader)... ve....

... a depus Formularul 12 - Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial în care a menționat:

„precizam ca urmatoarele parti/informatii din... si din... depuse in cadrul procedurii de atribuire a contractului:

a. propunerea tehnica - integral, inclusiv răspunsurile la clarificari in perioada de evaluare;

b. propunerea financiara - integral, inclusiv răspunsurile la clarificari in perioada de evaluare;

c. orice alt document din cadrul ofertei depuse, cu excepția Formularului de oferta, au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Informațiile sunt preluate din declarațiile de confidențialitate, declarații aflate la dosarul cauzei și la care s-a asigurat accesul cu ocazia studierii dosarului la Consiliu.

În ceea ce privește studierea dosarului la entitatea contractantă, este adevărat că, în mod greșit, nu s-a asigurat accesul integral la documentele întocmite de comisia de evaluare (procesele-verbale de evaluare), câtă vreme aceste documente nu fac parte din ofertele operatorilor economici, astfel încât să fie aplicate prevederile art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 potrivit căroră "Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, entitatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al

oricăruî ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricăruî ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale”. Se observă, așadar, că textul legal face referire la probarea caracterului confidențial al anumitor informații din cadrul ofertelor, nu al documentelor întocmite de comisia de evaluare.

Cu toate acestea, această omisiune a achizitoarei a fost acoperită, Consiliul asigurând, în data de... și..., și în data de...,, accesul la procesele-verbale de evaluare, în integralitate.

Astfel, cu aplicarea aceluiași tratament atât contestatoarelor, cât și intervenientelor, Consiliul a asigurat accesul la întreaga evaluare a entității contractante (procesele-verbale de evaluare, raportul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii), nefiind asigurat accesul la propunerile tehnice, propunerile financiare și răspunsurile la clarificări aferente acestora. S-au avut în vedere în luarea deciziei declarațiile de confidențialitate și justificările transmise în susținerea confidențialității de operatorii economici. Totodată, ținând seama de prevederile art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016 [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...., republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează 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] s-a asigurat accesul la documentele de calificare și documentele suport DUAE.

Pe lângă aplicarea principiului tratamentului egal, Consiliul a avut în vedere și jurisprudența europeană, cauza C-54/21..., potrivit căreia Curtea a stabilit că legislația națională nu poate impune ca ofertele depuse de operatorii economici să fie publicate integral, *sens în* care face vorbire de transmiterea informațiilor într-o formă rezumată, așadar, acele informații vor fi comunicate, ori acestea au fost deja comunicate, procesele-verbale de evaluare elaborate de membrii comisiei de evaluare fiind puse la dispoziția ofertantelor.

Relevant este și faptul că legislația națională, în concordanță cu legislația comunitară, nu stabilește o obligație de comunicare integrală a ofertelor către operatorii economici din procedură, dar permite accesul la informații către operatori comunicându-se un rezumat și reține că dispozitivul hotărârii de mai sus stabilește o marjă de apreciere largă pentru entitățile contractante de a decide ce documente divulgă contracandidaților, în niciun caz neputând fi vorba de o comunicare

integrală a ofertelor de către entitatea contractantă celui care solicită acest lucru.

Totodată, Consiliul a luat în considerare și faptul că jurisprudența europeană (cauza C-9... /...) stabilește că "obligația de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru a-i garanta dreptul la o cale de atac eficientă trebuie să fie evaluată comparativ cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora". Or, acest lucru s-a realizat prin intermediul asigurării accesului la documentele de evaluare întocmite de organizatoarea procedurii.

Punerea la dispoziția societăților competitorare a unor informații cu privire la resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, date bancare etc., afectează interesele comerciale ale societății, prin divulgarea *secretului comercial*. Astfel, o dată luate la cunoștință asemenea informații de către competitorii săi, aceștia vor dobândi un avantaj evident în privința elaborării și depunerii ofertelor în cadrul unor proceduri de atribuire viitoare cu obiect similar, pe această cale fiind afectate inclusiv principiile tratamentului egal, promovării concurenței între operatorii economici și al asigurării integrității desfășurării procesului de achiziție publică. S-a avut în vedere, în cazul analizat, pe lângă complexitatea propunerilor tehnice și financiare întocmite, tipul de contract (servicii de consultanță și supervizare) care a presupus includerea în propunerile tehnice și financiare a informațiilor legate de personalul propus și managementul societății în derularea contractului.

În sprijinul celor antemenționate este și Hotărârea din 14 februarie....., cauza C-.../06... împotriva État belge, paragrafe/e 34-38.

Relevante sunt și cele stabilite în cauza *Varec*, C-.../06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, paragrafele 39-55.

Modul de a proceda al Consiliului este în acord cu principiul tratamentului egal și se circumscrie celor reținute la pct. 55 din... de Justiție a... din 14 februarie..., cauza C-.../06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: (...) Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.

Cum s-a arătat anterior, au fost puse la dispoziție procesele-verbale de evaluare și raportul procedurii, comunicările privind rezultatul procedurii, nefiind asigurat accesul la propunerile tehnice, financiare și răspunsuri la clarificări în referire la propunerea tehnice și financiare,

astfel că societățile contestatoare au fost în posesia informațiilor necesare dezvoltării motivării inițiale.

Contrar susținerilor intervenientelor, motivele detaliate în notele scrise de către contestatoare nu sunt inadmisibile sau tardive, câtă vreme informațiile pentru o motivare completă și corespunzătoare au fost obținute cu ocazia studierii dosarului la Consiliu.

Astfel fiind, în soluționarea cauzei, organul administrativ-jurisdicțional va avea în vedere argumentarea probatorie prezentată în contestație, astfel cum a fost completată prin note scrise/concluzii scrise.

Trecând la analiza primei contestații formulate încadrul procedurii de..., lider al....., Consiliul constată că, prin aceasta, sunt formulate critici vizavi de **oferta desemnată câștigătoare** aparținând... .. SPA (lider)-...-.... (în continuare... ..), din două perspective: A. excluderea urmare a unor abateri grave, repetate, anterioare săvârșite de un membru asociat ..., pe care a omis să le declare transparent în DUAE și B. respingerea, urmare multiplelor abateri/neîndepliniri ale cerințelor documentației de atribuire și legislației incidente.

Prioritar, examinând excepția invocată de interveniente, vizând lipsa semnării contestației, Consiliul urmează a o respinge, dat fiind că se constată că reprezentantul convențional al contestatoarei, avocat..., a semnat contestația și a depus împuternicirea semnată prin care a fost împuternicit inclusiv pentru semnarea contestației.

La dosarul cauzei, contestația a fost transmisă prin e-mail și depusă și prin poștă în original, asemănător în cazul notelor scrise.

În continuare, în analiza fondului contestației, se reține că, referitor la excluderea membrului asociat..., se susține: A.1 abaterile grave ale ... în legătură cu contractele anterioare; A.2 situația executării defectuoase repetate a contractelor anterioare.

În soluționare se va păstra numerotarea criticilor dată de contestatoare pentru ușurința urmăririi acestora.

Contestatoarea invocă decizia Consiliului nr..... din..., rămasă definitivă, și prin care s-a decis menținerea deciziei de excludere a operatorului economic... ca urmare a constatării unor abateri profesionale grave și repetate în cadrul unor contracte derulate anterior.

Vizavi de abaterile grave în legătură cu contractele anterioare sunt detaliate contractele indicate în decizia amintită.

Preliminar analizării situației..., trebuie amintit cadrul general pentru diferendul adus în discuție de părți.

Astfel, potrivit art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial 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; iar potrivit art. 184 alin. (1) și (2) din același act normativ (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Vizavi de interpretarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu dispozițiile art. 184 alin. (1)-(3) din lege, sunt de amintit considerentele reținute de... - Secția de... și Fiscal, prin Decizia nr.... (pentru dispozițiile legale similare din Legea nr. 98/2016):

În interpretarea sistematică a acestor dispoziții legale rezultă că reprezintă un motiv de excludere facultativă din cadrul procedurii de atribuire încălcarea de către un ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor 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, în condițiile în care aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Caracterul facultativ al acestui motiv de excludere implică existența unui drept de apreciere proprie al autorității contractante care desfășoară procedura de atribuire cu privire la caracterul grav sau repetat al abaterii săvârșite de ofertant în executarea unui contract anterior și referitor la posibilitatea respectivului ofertant de a-și îndeplini corespunzător obligațiile care i-ar reveni dacă i s-ar atribui contractul pentru care se desfășoară procedura.

De asemenea, din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale menționate, care transpun în dreptul intern legislația secundară a U.E. în materie de achiziții publice, rezultă că **dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 mai cunoaște o limitare constând în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantului interesat să aducă dovezi privind luarea unor măsuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere.**

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, **autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.**

Totodată... de Justiție în Hotărârea pronunțată la... iunie... în cauza C-41/18 (*Meca S.R.L. împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva.../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.../24.**

A ceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie... în cauza C-267/18... de Construcții și

Montaj 93 SA împotriva... de Administrare a..., CJUE s-a pronunțat astfel:

.... **Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și... 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... iunie..., Meca, C-41/18, EU: C:....:..., 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.../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... 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.../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.**

(...)

37 (...) în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva.../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.

Din interpretarea tuturor acestor dispoziții legale, rezultă faptul că entitatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt

suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă entitatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură....

Stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea entității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, *comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse... dovedește că are capacitatea de a presta serviciile care fac obiectul procedurii de atribuire.*

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 184 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 mai sus citate.

Astfel fiind, contrar susținerilor contestatoarei, faptul că, într-o altă speță, s-a reținut de către Consiliu că ofertanta... LTD a fost în mod corect respinsă nu atrage autoritatea de lucru judecat și în consecință obligația... de... "... SA de a adopta aceeași soluție, aprecierea asupra păstrării sau excluderii operatorului economic fiind în sarcina exclusivă a entității contractante.

Pe de altă parte, la baza deciziei de excludere sau de păstrare în procedură a societății, trebuie să stea analiza detaliată a comisiei de evaluare care trebuie să se reflecte în documentele de evaluare întocmite.

Pentru situația analizată, pronunțându-se mai întâi asupra modului de completare a formularului DUAЕ, Consiliul reține că operatorul economic a bifat "NU" la Partea a III-a, Motive de excludere, pct. C, Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale.

Cu ocazia transmiterii documentele suport DUAЕ, operatorul economic transmite.../EXPLICAȚII LA DOCUMENTUL UNIC DE ACHIZIȚIE... subliniind următoarele:

Aceste informații vizează o serie de situații litigioase privind contracte finalizate și în curs de derulare în state din afara..., ie Peru și.... Aceste contracte, dar și dispute fac sau au făcut obiectul unor litigii în jurisdicția menționată sau chiar a unor arbitraje.

Deși exista aceste dispute pendinte, subliniem cu titlu prealabil faptul că nu sunt incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. c) sau lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (în continuare "Legea nr. 99/2016"), respectiv subscrisa nu se face vinovată de comiterea unor abateri profesionale grave, care să îi pună în discuție integritatea sau de încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul vreunui contract de achiziție publice, sens în care la întrebarea din...: Motive de excludere privind insolvența, conflictul de interese sau abaterea profesională subscrisa am răspuns în sens negativ.

Cu toate acestea, pentru o informare completă și transparentă, înțelegem să furnizăm prezentele informații suplimentare cu privire la anumite contracte executate de către subscrisa în care au fost aplicate penalități de-a lungul duratei contractuale sau care au încetat anticipat.

În primul rând, față de situația expusă, trebuie remarcat că și din jurisprudența CJUE (cauzele C-267/18 și C-387/14) reiese necesitatea ca informațiile legate de modul de executare a contractelor să fie aduse la cunoștința entității contractante pentru ca aceasta să poată face propria verificare vizavi de îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale. Așadar, rezultă cu claritate că entitatea contractantă nu se afla în situația de a nu poate face propria analiză, câtă vreme a obținut, în cadrul documentelor suport DUAЕ, informații relevante referitoare la situațiile litigioase ale... LTD. Faptul că au fost depuse înscrisurile ca urmare a solicitărilor pentru... clasat pe primul loc în clasament nu este un motiv pentru excluderea automată din procedură a operatorului economic, cu atât mai mult cu cât acesta a explicat că a bifat "NU" în DUAЕ pentru că, în opinia sa, nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la 180 alin. (1) lit. c) sau lit. g) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, este evident că răsturnarea poziției operatorului ar fi putut fi realizată de către achizitoare în situația în care ea, însăși, ar fi trecut la analiza faptelor înscrise în respectivele documente.

Relevant pentru entitate era să stabilească situația ofertantei în raport de informațiile reliefate în înscrisurile emise de alți beneficiari, or, nu a existat vreo minimă împiedicare în acest sens, câtă vreme documentele au fost depuse și s-a realizat accesul la acestea.

În al doilea rând, trebuie observat că entitatea contractantă s-a mărginit la constatarea că s-a menționat "NU" în formularul DUAЕ, fără a fi efectua vreo minimă verificare a înscrisurilor prezentate.

Nu au fost efectuate cercetări vizavi de:

A. Contracte care au încetat anticipat

1. Contractul pentru supervizarea proiectului:....
2. Contract nr.... pentru proiectul "Supervizarea lucrărilor de modernizare a drumurilor Am-106, Tram: Emp. Pe. 5n (Balzapata) - Jumbilla -.... Pe-8b (Molinopampa); AM-110: Chachapoyas - Levanto; Secțiunea: Emp. Pe-8b (Tingo) Am-11: Emp. Pe-8b (Tingo) - Longuita -... - Kuelap, Prov. Chachapoyas - Bongara și Luya încheiat cu....

B. Contracte în cadrul cărora au fost identificate deficiențe minore de execuție si au fost impuse penalități pe care subscrisa si/sau asociații noștri le-am plătit, si/sau oricum aveau caracter de control al îndeplinirii indicatorilor de performanță a antreprenorului:

1. Contractul de servicii de consultanță pentru elaborarea documentației de proiectare de bază și detaliată pentru suprastructura căii pentru conexiunea directă KTX de la..., care a fost realizat de o asocierie formată din KRTC (cotă procentuală 45%), Yooshin (cotă procentuală 20%)... Ltd (cotă procentuală 29%) și... (cotă procentuală de 15%).

2. Contract de consultanță pentru lucrări civile - supervizarea implementării proiectului:

Îmbunătățirea sistemului de colectare, tratare și eliminare finală a apelor reziduale în orașele Sullana și Bellavista - provincia Sullana (Peru).

3. Contract de servicii de consultanță pentru lucrări legate de pregătirea studiului final și a documentației tehnice pentru proiect: Îmbunătățirea și extinderea colectoarelor principale în zona de drenaj a colectoarelor Comas și Chillon (Lima, Peru).

4. Contract de achiziție de servicii de consultanță pentru pregătirea unui studiu de preinvestiție pentru proiectul: Îmbunătățirea și extinderea serviciilor de apă potabilă și canalizare în 5 districte din provincia Huamanga (Peru).

5. Contract pentru dezvoltarea unui... de Control al Inundațiilor și al Mișcărilor de Masă pentru... (Peru);

astfel cum acestea au fost detaliate în răspunsul transmis cu ocazia înaintării documentelor suport DUAЕ.

Așadar, deși ofertanta a indicat că au existat contracte care au încetat anticipat și contracte având anumite deficiențe nu au fost efectuate verificări pentru a se stabili dacă sunt incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și dacă este necesară aplicarea dispozițiilor art. 184 alin. (1) și (2) din același act normativ.

Nu s-a făcut o cercetare a condițiilor care au dus la încetarea anticipată a contractelor, cauzele deficiențelor, caracterul eventual recurent al abaterii, gravitatea faptelor și dacă a existat sau nu o redresare a operatorului economic.

Constatarea reliefată doar în cadrul punctului de vedere la contestație potrivit căreia

Aceste contracte prezentate și analizate de Comisia de evaluare fac în prezent obiectul fie al unui litigiu arbitral, fie suspendarea printr-o Hotărâre a unei sancțiuni, fie declararea ca fiind nulă a unei Hotărâri emisă de Tribunal de Contrataciones del Estado, de către... de Justiție din Lima. Informațiile prezentate de către... (Leader) -.... (ofertant) -... (ofertant), fișierul 01.... - Etapa JI_nr...._...+Anexe.pdf, respectiv Anexa 4 -..., Ltd. conține extras din Hotărârea nr. 5/... a Curții Supreme de Justiție din Lima, toate documentele regăsindu-se în Dosarul Achiziției.

nu poate fi considerat un motiv suficient pentru înlăturarea obligației efectuării analizei proprii și concluzia acesteia.

A supra determinării aplicabilității motivelor de excludere prerogativa o are comisia de evaluare, simpla luarea la cunoștință despre acestea și concluzionarea că... a menționat "Nu" în formularul DUAЕ neputând echivala cu îndeplinirea sarcinilor de verificare a motivelor de excludere.

Nu există o excludere automată, cum nu există nici o păstrare automată a operatorului economic în procedură, oricare dintre cele două măsuri presupunând o evaluare individualizată, proporțională și fundamentată.

În plus, în condițiile luării la cunoștință de înscrisurile suport DUAЕ concluzia din procesul-verbal de evaluare a respectivelor documente nu denotă decât lipsa analizei și pronunțării asupra acestora.

Sușinerile din punctul de vedere potrivit cărora Entitatea contractantă, prin comisia de evaluare legal constituită la nivelul său, în

derularea unei proceduri de achiziție, nu are atribuțiile unei comisii de anchetă sau ale unei instanțe de judecată, atribuțiile comisiei de evaluare fiind limitate la verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și a absenței motivelor de excludere în baza informațiilor și documentelor prezentate de ofertant, nu înseamnă că entitatea este exonerată de propriile sarcini constând în verificarea amănunțită a înscrisurilor vizând deficiențe în executare și aprecierea asupra acestora, cu asumarea răspunderii, asupra păstrării în procedură a operatorului economic sau excluderii acestuia.

Comisia nu a analizat situația particulară a... Ltd și a decis măsura păstrării în procedură, măsură care se dovedește a nu avea la bază vreo minimă analiză.

Chiar dacă decizia pronunțată într-o altă procedură organizată de o altă entitate contractantă nu are efect de lucru judecat asupra excluderii... Ltd dintr-o altă procedură, trebuie amintit că, în decizia nr..... din..., Consiliul a constatat, între altele:

Caracterul *repetat* al neîndeplinirii unor obligații constând în absența personalului și neprezentarea la timp a unor documente necesare derulării contractului (rapoarte de progres și planuri de lucru) *în cadrul mai multor contracte* nu putea fi ignorat de comisia de evaluare, concluzia rezonabilă fiind că a existat o incapacitate organizatorică și execuțională a operatorului economic. Această situație coroborată cu rezilierea intervenită în cazul contractului... pentru care nu există o decizie definitivă că nu ar exista temeiul pentru aplicarea penalităților susțin concluzia autorității contractante asupra incidenței în cauză a prevederilor art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Natura provizorie, cu caracter preventiv, a aplicării penalităților în discuție nu poate înlătura îndoiala creată achizitoarei cu privire la derularea în mod corespunzător a contractului pe care urmează a îl încheia determinată tocmai de *caracterul repetat al neîndeplinirii unor obligații similare, în cadrul mai multor contracte*.

Or, nu rezultă din procesele-verbale sau din punctul de vedere că aspectele de mai sus au fost avute în vedere de achizitoare în analiza sa și ar fi fost lămurite cu ofertanta sau cum anume s-a ajuns la concluzia înlăturării lor.

Așadar, se reține în sarcina entității contractante obligația de verificare amănunțită a situației operatorului economic... Ltd pentru a decide asupra îndeplinirii sau nu a condițiilor de excludere din procedură, în acord cu cele mai sus expuse, decizia de păstrare în procedură a ofertei... pentru singurul motiv expus în punctul de vedere nereflexând o evaluare a situației.

Se constată astfel față de cele de mai sus că sunt întemeiate în parte criticile contestatoarei de la pct. A din contestație, în referire la lipsa unei analize a entității care să stea la baza păstrării în procedură a... din care face parte... Ltd.

Criticile referitoare la excluderea operatorului economic sunt nefondate, cum s-a arătat fiind necesară o analiză a situației acestuia.

Trecând la analiza criticilor dezvoltate la pct. B din contestație, se constată că acestea privesc următoarele: B.1 neîndeplinirea unor cerințe de calificare; B.2 neconformitatea ofertei, întrucât nu reflectă o capacitate reală a asigura parte din obiectul contractului în curs de atribuire cu personal calificat; B3. Nelegalitatea declarării câștigătoare în contextul unui preț neobișnuit de scăzut.

Referitor la criticile din cadrul punctului B.1, vizând deținerea autorizațiilor/agrementelor AFER, urmare studierii dosarului cauzei, contestatoarea a invocat informațiile din procesul-verbal de evaluare nr.... și anexele acestuia.

Astfel, din procesul-verbal nr.... privind evaluarea documentelor suport DUAE rezultă că deține:

.....

Proiectare și Consultanță în domeniul feroviar și cu ..., cu excepția instalațiilor feroviare și cu

Eliberată în data de...

Valabil până la data de...

Fișier 02.... - Etapa II_nr...._...+Anexe, pag.117-118;

...:

.....

Proiectare și Consultanță în domeniul infrastructurii feroviare, cu excepția instalațiilor feroviare

Eliberată în data de...

Valabil până la data de...

Pag. 211-212

.....

+anexa

Proiectare și Consultanță în domeniul infrastructurii feroviare și de metrou, cu excepția instalațiilor feroviare și cu

Eliberată în data de...

Valabil până la data de...

Pag 213-214

...:

..... + anexa

Proiectare și consultanță în domeniul infrastructurii feroviare, cu excepția instalațiilor feroviare

Eliberată în data de...

Valabil până la data de...

Pag 419-420

..... + anexa

Proiectare și consultanta în domeniul instalațiilor feroviare și de metrou

Eliberată în data de...

Valabil până la data de...

Pag 421-422

..... +anexa

Proiectare și consultanta în instalațiilor domeniul infrastructurii de metrou, cu excepția instalațiilor de metrou

Eliberată în data de...

Valabil până la data de...

Pag 423-424

Fișier 02.... - Etapa II_nr...._...+Anexe,

documente regăsite în fișierul cuprinzând documentele suport DUAЕ.

Potrivit fișei de date a achiziției Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, s-a solicitat:

Cerința 2: Autorizații/...

Modalitatea de îndeplinire:

În conformitate cu prevederile... nr.... privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu ..., pentru servicii de consultanță în domeniul infrastructurii feroviare, operatorii economici vor prezenta autorizații/ agremente AFER valabile la momentul prezentării.

(...)

În cazul asocierilor, cerința trebuie îndeplinită de fiecare asociat pentru partea de contract pe care o realizează.

(...)

Documente suport DUAЕ sunt: Autorizațiile/ agrementele AFER pentru servicii de consultanță în domeniul infrastructurii feroviare.

Recomandăm consultarea site-ului www.afer.ro, http://www.afer.ro/documents/Lista_clase_editia_%.pdf. respectiv Lista produselor feroviare critice, Capitolul C: Lucrări, servicii și produse destinate domeniului infrastructurii feroviare, pct. 5 Servicii.

Analizând caietul de sarcini, se poate constata că, în cadrul contractului vor fi prestate servicii de consultanță și supervizare pentru proiectarea și execuția lucrărilor pentru "Modernizarea infrastructurii feroviare din...", descrierea lucrărilor care se vor executa fiind prevăzută la cap. 8, categoriile de lucrări fiind, de ex: infrastructură și Suprastructură C.F.; Lucrări de artă; Instalații de semnalizare și centralizare; linia de contact; protecția instalațiilor din cale și vecinătate, energoalimentare; construcții civile; consolidări.

Potrivit acordului de asociere, cei trei asociați au convenit *derularea/ implementarea în comun a contractului*.

Având în vedere derularea în comun a contractului și depunerea de către cei trei asociați a agrementelor tehnice feroviare pentru domeniul feroviar, domeniul infrastructurii feroviare și domeniul instalațiilor, o măsură de respingere a ofertei pentru neîndeplinirea cerinței vizând prezentarea autorizațiilor AFER ar fi o măsură disproporționată, față de rolul acestor autorizații. Asumarea derulării comune a contractului nu putea fi ignorată de organizatoarea procedurii, care, în mod corect, a luat în considerare agrementele tehnice astfel cum au fost depuse. Faptul că... are o cotă de participare de 10% nu putea constitui în mod automat un motiv de apreciere asupra neîndeplinirii cerinței în discuție.

Astfel, se constată caracterul nefondat al criticilor.

Referitor la modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, în procesul-verbal nr.... privind evaluarea documentelor suport DUAЕ, s-au consemnat următoarele:

Contract nr....:

Contract nr.....

Consultanță în domeniul managementului execuției și pentru verificarea execuției lucrărilor de construcții și instalații aferentă obiectivului: Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov - Simeria, componentă a... IV, pentru a asigura circulația trenurilor cu o viteză de 1... km/h, tronsonul Sighișoara - Coșlariu,

Consultant:... -

Documente justificative

-Adresă nr.... emisă de... - privind înaintarea Certificatului de recepție nr.... la terminarea lucrărilor, pentru contractul de execuție nr....

-Certificatul de recepție la terminarea lucrărilor nr...., pentru contractul de execuție nr....

-... nr...., acord emitere a Certificatului de recepție la terminarea lucrărilor pentru contractul de execuție nr....

-Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr....

-Adresa nr.... 2/1386/... emisă de... privind participarea.... la contractul nr....

-Perioada de derulare contract: Iunie...-Ianuarie...

-Valoarea serviciilor prestate:...

S-a concluzionat: Cerință îndeplinită

Din Contractul nr.... a atins pragul minim al valorii solicitat prin fișa de date.

Referitor la experiența similară în fișa de date a achiziției s-au solicitat următoarele:

III.....a) Capacitatea tehnică și/sau profesională

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Cerința 1: Experiența similară

Modalitatea de îndeplinire:

... trebuie să facă dovada că a dus la bun sfârșit în ultimii **5 ani servicii** de supervizare/ consultanță pentru lucrări de construcție nouă și/ sau modernizare și/ sau reabilitare din domeniul infrastructurii feroviare în cadrul cărora au fost realizate cel puțin lucrări la infrastructură, suprastructură, instalații fixe de tracțiune electrică, instalații de telecomunicații prin prezentarea a minim 1 contract, maxim 5 contracte în valoare cumulată de minim... (fără **TVA**) (**se exclud cele de metrou** respectiv tramvai).

(...)

... clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire a ofertelor admisibile, anterior atribuirii contractului, va prezenta la solicitarea Entității Contractante, documentele justificative care atestă îndeplinirea cerinței, și anume: Copii ale partilor relevante ale contractelor/Certificări de bună execuție/ Documente/certificate constatatoare emise de autoritățile contractante și/sau Certificări de bună execuție/recomandări sau orice înregistrări semnate de beneficiarul contractului/ Proiectantul General (în cazul în

care.../ tertul sustinator a fost subcontractant), care sa confirme prestarea serviciilor pentru fiecare contract mentionat in DUAE, in conformitate cu art....2 lit.b) din Legea nr. 99/2016, din care sa reiasa toate elementele necesare pentru confirmarea indeplinirii cerintei.

Relevante din Instrucțiunea președintelui ANAP nr.... sunt prevederile art. 9 potrivit cărora:

(1) Este considerată restrictivă formularea de către autoritatea/entitatea contractantă a cerinței minime privind experiența similară prin solicitarea prezentării unui/unor contract(e) similar(e) de servicii semnat(e)/încheiat(e)/început(e) strict în ultimii 3 ani, din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat/început un astfel de contract în urmă cu mai mult de 3 ani, dar să poată prezenta experiența similară realizată în perioada solicitată.

(2) Solicitarea unei cerințe minime de calificare și selecție referitoare la prezentarea unui contract similar de prestare servicii, finalizat în ultimii 3 ani, devine restrictivă din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să deruleze un astfel de contract și să presteze asemenea servicii fără să fi finalizat contractul, în așa fel încât efectele contractului să se răsfrângă asupra perioadei solicitate, respectivul ofertant putând invoca, pentru dovedirea experienței similare, partea de contract prestată până la momentul solicitării, cu condiția ca serviciile prezentate să fie duse la bun sfârșit.

(3) **Cerința de calificare se va formula făcându-se referire la activități/ servicii duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 3 ani** calculată conform art. 13, prin această sintagmă înțelegându-se:

a) servicii recepționate parțial, cu condiția ca specificul contractului/activităților ce reprezintă experiență similară să permită elaborarea unui livrabil care să poată fi utilizat de beneficiar ca rezultat independent;

b) servicii recepționate la sfârșitul prestării; sfârșitul prestării nu presupune expirarea perioadei de garanție, respectiv a perioadei de notificare a defectelor în cadrul contractelor de tip FIDIC.

Analizând documentele depuse ca suport DUAE la care s-a făcut referire și în anexa procesului-verbal nr...., documente mai sus amintite, Consiliul constată că dovezi pentru *recepționarea în perioada solicitată* a serviciilor există doar pentru lotul 2, cum a remarcat și contestatoarea [Certificatul de recepție la terminarea lucrărilor nr...., pentru contractul de execuție nr....

-... nr...., acord emitere a Certificatului de recepție la terminarea lucrărilor pentru contractul de execuție nr....

-Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr....], iar în ceea ce privește valoarea serviciilor prestate, singurul document care face referire la aceasta este Adresa nr.... 2/1386/... emisa de... privind participarea.... la contractul nr.... În cadrul adresei se face mențiunea cu privire la perioada de derulare a contractului: Iunie...-Ianuarie... și valoarea serviciilor prestate:..., însă relevant pentru îndeplinirea cerinței era de stabilit valoarea serviciilor duse la bun sfârșit în perioada solicitată,

înțelegându-se prin servicii duse la bun sfârșit recepționate parțial sau la sfârșitul prestării. Nu rezultă din documentele depuse *că toate serviciile ar fi fost recepționate în perioada de referință.*

Se impune astfel reevaluarea ofertei... câștigătoare prin solicitarea de clarificări suplimentare pentru determinarea valorii serviciilor prestate în perioada solicitată pentru a se stabili cu claritate modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, cerința impunând două condiții, respectiv perioada de referință în care trebuiau duse la bun sfârșit serviciile (în ultimii 5 ani) și atingerea pragului valoric de minimum..., fără TVA.

Referitor la celelalte contracte (contractele nr....), entitatea contractantă a concluzionat că... *acoperă tipurile de lucrări pe care le-a supervizat.*

Analizând documentele depuse de..., în privința cărora există concluzia amintită, Consiliul constată că nu pot fi identificate care sunt acele informații care au fost avute în vedere de achizitoare pentru determinarea cerinței ca serviciile să fi fost duse la bun sfârșit în ultimii 5 ani *și să privească lucrări de construcție nouă și/ sau modernizare și/ sau reabilitare din domeniul infrastructurii feroviare în cadrul cărora au fost realizate cel puțin lucrări la infrastructură, suprastructură, instalații fixe de tracțiune electrică, instalații de telecomunicații.*

Într-adevăr, în cuprinsul contractelor sunt detaliate anumite lucrări, însă nu se cunoaște care sunt informațiile avute în vedere de comisie și, în al doilea rând, perioada de derulare a contractelor are ca date de început anii...u..., astfel că nu se cunoaște dacă au fost duse la bun sfârșit în ultimii 5 ani.

Este necesară astfel o reevaluare asupra modului de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, cu indicarea în concret în procesele-verbale de evaluare a informațiilor relevante.

În referire la criticile aduse modului de îndeplinire a cerințelor vizând personalul propus (B.2), se are în vedere că, în fișa de date a achiziției, cap. IV.... Modul de prezentare al propunerii tehnice, s-a solicitat:

Pentru fiecare expert cheie propus (ce face obiectul factorilor de evaluare)... va depune:

a) Formularul nr.... „...” si documente relevante/ recomandari emise de Beneficiar (Beneficiarul final al contractului) si/sau Angajator pentru fiecare contract prezentat, din care sa rezulte atribuțiile/elementele necesare acordarii punctajului.

b) Diplome, atestate și autorizări obținute care sunt menționate în CV, în limba română, sau dacă este cazul însoțite de traducere autorizată a acestora dacă sunt redactate în alta limbă;

c) Declarația de disponibilitate (Formularul 4 din...) pentru fiecare expert cheie propus.

În aplicarea prevederilor art.13 alin (4) din... nr...., din documentele prezentate pentru demonstrarea experienței specifice a fiecarui expert

nominalizat in oferta, trebuie sa reiasa atributiile pe care acestia le-au avut in cadrul contractelor prezentate pentru demonstrarea experientei profesionale specifice.

Vor fi nominalizati in oferta doar expertii care fac obiectul factorilor de evaluare.

Consiliul constată că, pentru expertul..., în calitate de Coordonator de Echipă (K1), a fost depusă declarația de disponibilitate, semnată de acesta, *în care declară* că este de acord să participe cu... .. &... &....Ltd. la procedura de atribuire mai sus menționată, si ca este disponibil sa ocupe pozitia de Coordonator de Echipa (K1) in cadrul contractului Servicii de Consultanță și Supervizare a proiectării și execuției lucrărilor pentru „Modernizarea infrastructurii feroviare din...” in situatia in care... este declarat castigator.

Totodată, la dosarul cauzei, atașat concluziilor scrise, a fost depusă declarația pe propria răspundere a acestei persoane, prin care aceasta declară că *nu și-a exprimat acordul* în mod expres sau implicit, pentru a participa împreuna cu vreunul din operatorii economici SpA...u..., în calitate de expert, la procedura de atribuire având ca obiect «...» publicată în SEAP prin anunțul de participare nr.... de către... de... "... SA și nu a semnat și nu a transmis declarație de disponibilitate/ acord de participare, prin care să consimtă includerea în oferta depusă.

Se constată astfel existența a două documente cu informații contradictorii, astfel că entitatea contractantă trebuie să solicite clarificări pentru a se lămuri vizavi de implicarea expertului... în procedură.

Faptul că există declarația de disponibilitate semnată de expertul amintit și în baza căreia a fost efectuată evaluarea de către comisia de evaluare nu înseamnă că situația reieșită din documentele depuse de contestatoarea... trebuie ignorată. Entitatea contractantă trebuie să cunoască și să determine cu claritatea implicarea sau nu a persoanei amintite în procedură. Fiind impuse anumite cerințe pentru coordonatorul de echipă și acordându-se un anumit punctaj pentru acest expert, situația contradictorie vizavi de participarea sa în procedură trebuie lămurită.

Numai în urma primirii informațiilor certe vizavi de expertul în discuție va putea fi stabilită modalitatea de îndeplinire de către... câștigătoare a cerințelor de personal impuse.

Referitor la prețul ofertat de... câștigătoare (B.3), se reține că, prin adresa nr.... din..., s-au solicitat clarificări cu privire la prețul propus și depunerea de documente justificative în susținere.

Ofertanta a răspuns solicitării depunând: tabel cuprinzând costuri cu resursa umană (salariu, taxe, impozite, contribuții); alte cheltuieli (costuri directe, indirecte si profit); sume provizionate pentru publicitate și informare; rezerve de implementare. De asemenea, a prezentat nivelul de salarizare pentru experți, însoțite de promisiunile de

colaborare încheiate cu experții principali, respectiv contracte individuale de muncă și/sau acte adiționale la contracte de muncă ale salariaților din cadrul asociatului din care reiese nivelul salariului de baza lunar brut.

De asemenea, au fost depuse justificări prin răspuns la solicitarea de clarificări nr.... din data de... și răspuns la solicitarea de clarificări nr.... din data de...

Față de cele reclamate, fără a minimaliza importanța ofertării unui preț justificat și care să privească toate componentele nu poate fi ignorat faptul că entitatea contractantă a solicitat clarificări operatorului economic câștigător, cum s-a arătat anterior, răspunsurile considerându-le suficiente și concludente pentru a conchide că prețul a fost justificat.

Mai mult, răspunsul... la solicitările de clarificări nu putea fi apreciat neconcludent, câtă vreme au fost transmise calculele aferente și dovezi în susținerea salariilor experților, cheltuielilor tehnice, administrative, de publicitate etc.

Cele reclamate de contestatoare în cadrul concluziilor scrise sunt prezentate pe baza unor informații din procesele-verbale, însă nu se poate susține că au înrăurire asupra sustenabilității prețului ofertat, ținând seama de faptul că... câștigătoare a depus dovezi pentru demonstrarea salariilor experților.

Elementele aduse în discuție prin concluziile scrise nu conduc implicit la lipsa sustenabilității și seriozității prețului, concludența trebuind a fi raportată la înscrisurile depuse în susținere.

Din parcurgerea celor sesizate, nu se poate-se concluziona, raportat la ceea ce s-a reclamat, că prețul total ofertat ar fi neobișnuit de scăzut și ar conduce la imposibilitatea executării obligațiilor contractuale la parametrii dați la prețul ofertat.

Entitatea contractantă are obligația să respecte principiul legal al eficienței utilizării fondurilor publice, iar nu să respingă o ofertă al cărei preț neobișnuit de scăzut, este unul justificabil și nu influențează negativ executarea obligațiilor contractuale asumate. Chiar și în cazul unei oferte cu un preț aparent neobișnuit de scăzut, în lumina prevederilor legale în vigoare, contestatoarea trebuie să demonstreze că ofertanta reclamată nu poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii impuși prin documentația pusă la dispoziție.

Simplul preț neobișnuit de scăzut al ei este o condiție obligatorie, *însă nu și suficientă*, legiuitorul impunând pe lângă aceasta și condiția ca ofertanta să nu poată asigura executarea corespunzătoare a contractului licitat, condiție a cărei îndeplinire trebuie probată de cel care o invocă. În speță, însă, contestatoarea nu aduce vreo dovadă plauzibilă din care să reiasă imposibilitatea... .. de a îndeplini obligațiile contractuale în forma în care și le-a asumat prin oferta depusă.

Este firesc ca ofertanții să practice prețuri cât mai reduse - la toate sau doar la unele elemente ale ofertei -, pentru a-și maximiza astfel șansele de a obține contractul supus licitației. Având structuri de costuri

diferite, putând beneficia de economii de scară importante sau intenționând să își reducă marjele de profit pentru a putea penetra mai eficient pe piața de referință, sunt în măsură să elaboreze o ofertă competitivă și, în același timp, serioasă și fiabilă, de care entitatea contractantă trebuie să țină seama.

Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează).

În soluționare, Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare, trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, nefiindu-le permis să propună prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate, iar entitățile contractante au obligația de a verifica dacă ofertele primite țin cont de toate actele normative incidente. Oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertantă în scopul realizării obiectului contractului, iar prețul nu este un element pur formal, realitatea și sustenabilitatea lui trebuie să fie verificate de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate entității contractante.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete de formare a prețului însoțite de documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final, verificarea corectitudinii prețului ofertat.

Organul administrativ-jurisdicțional nu se substituie entității contractante și nu are printre atribuții să evalueze propunerile financiare depuse de ofertanți, în acest sens prezentând relevanță considerentele reținute în... nr. 2420 din..., de către..., Secția a VIII-a...: "Nu sunt aduse argumente din care să rezulte că oferta nu respectă cerințele documentației de atribuire, că nu au fost alocate în mod clar resursele disimulând, astfel, costuri importante aferente resurselor nealocate, cu implicații imediate și directe asupra prețului ofertei.

Prin urmare Curtea va respinge această critică ca nefondată, întrucât, **rolul instanței nefiind acela de a evalua din punct de vedere financiar, în**

i
n
tegrum, ofertele depuse, ci de a verifica în ce măsură autoritatea contractantă a aplicat corect prevederile legale și ale documentației de atribuire pe parcursul evaluării ofertelor".

Ținând seama de modul în care s-a solicitat prezentarea propunerii financiare, înscrisurile puse la dispoziție de... câștigătoare în fundamentarea prețului ofertat, precum și de faptul că nu a fost demonstrată de către... imposibilitatea derulării în mod corespunzător a contractului la acest preț, Consiliul determină că sunt corecte concluziile

comisiei de evaluare, constatându-se caracterul neîntemeiat al criticilor din contestație aferente propunerii financiare a....

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite contestația formulată de..., lider al..., și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei... .., în acord cu cele constatate.

În privința solicitării de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, se reține că a fost depusă la dosarul cauzei nota de cheltuieli înregistrată la Consiliu sub nr...., la care s-a atașat: factura seria OG nr....8/..., din partea... - Cabinet de Avocat, pentru suma de... și dovada plății acesteia de către... (număr referință... din...).

Analizând temeinicia pretențiilor contestatoarei... referitor la quantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând onorariu avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea onorariului de avocat de la... lei, la suma de..., din următoarele considerente:

Codul de procedură civilă stipulează următoarele:

- Art. 451: „(1) Cheltuielile de judecată constau în taxele judiciare de timbru și timbrul judiciar, onorariile avocaților, ale experților și ale specialiștilor numiți în condițiile art. 330 alin. (3), sumele cuvenite martorilor pentru deplasare și pierderile cauzate de necesitatea prezenței la proces, cheltuielile de transport și, dacă este cazul, de cazare, precum și orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfășurare a procesului.

(2) Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproportionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său.

(3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător la plata experților judiciari și a specialiștilor numiți în condițiile art. 330 alin. (3).

(4) Nu vor putea fi însă micșorate cheltuielile de judecată având ca obiect plata taxei judiciare de timbru și a timbrului judiciar, precum și plata sumelor cuvenite martorilor potrivit alin. (1)”;

- Art. 452: „Partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei”;

- Art. 453:

„(1) Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

(2) Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată. Dacă este cazul, judecătorii vor putea dispune compensarea cheltuielilor de judecată”.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și, ținând seama de serviciile prestate de avocat, Consiliul, analizând prin prisma dispozițiilor art. 451 alin. (2) din Codul de procedură, cererea de plată a sumei de..., va reduce suma respectivă la..., față de care... de... ”...” SA va fi obligată la plată către....

În reducerea quantumului cheltuielilor acordate, Consiliul a avut în vedere criterii legate de complexitatea litigiului și criticile constatate a fi întemeiate, precum și proporționalitatea cheltuielilor solicitate.

Raționamentul anterior se regăsește și în motivarea Deciziei nr.... pronunțată de..., Secția a IX-a... și Fiscal, în dosarul nr.... prin care Curtea a stabilit că:

"În aplicarea dispozițiilor art.453 C.pr.civ, va obliga petenta, care a căzut în pretenții, la plata către intimata... a cheltuielilor de judecată, însă cuantumul onorariului de avocat va fi redus.

Asupra acestui aspect, Curtea reține că articolul 451 alin. 2 din NCPC permite instanței să micșoreze onorariile avocaților, ori de câte ori constată că sunt nepotrivit de mici sau de mari față de valoarea pricinii sau de munca îndeplinită, și că aceste dispoziții au rolul de a împiedica abuzul de drept, prin deturnarea onorariului de avocat de la finalitatea sa firească, aceea de a permite justițiabilului să beneficieze de o asistență judiciară calificată pe parcursul procesului.

În aprecierea cuantumului onorariului, instanța trebuie să aibă în vedere atât valoarea pricinii cât și proporționalitatea onorariului cu volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în cauză, determinat de elemente precum complexitatea, dificultatea sau noutatea litigiului (ICCJ. Scpa civilă și de proprietate intelectuală, decizia civilă nr.2420 din 11 aprilie...). Partea care a câștigat procesul va putea obține restituirea cheltuielilor de judecată numai în măsura în care se stabilește realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil al acestora (ICCJ, Secția comercială, decizia nr. 405 din 4 februarie...). Prin reducerea cuantumului onorariului avocațial pus în sarcina părții care a pierdut procesul, instanța nu intervine în contractul de asistență judiciară și nu-l modifică, în sensul diminuării sumei convenite cu titlu de onorariu, ci doar apreciază în ce măsura onorariul părții care a câștigat procesul trebuie suportat de partea care se află în culpă procesuală (ICCJ, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr.... din 15 decembrie 2...9).

În același sens este și jurisprudența Curții....., care a statuat că onorariile avocațiale urmează să fie recuperate numai în măsura în care constituie cheltuieli necesare și au fost în mod real făcute, în limita unui cuantum rezonabil.

Aplicând aceste principii jurisprudențiale în cauza de față, Curtea constată că, referitor la criteriile legate de complexitatea, dificultatea sau noutatea litigiului, se constată că obiectul cauzei este întâlnit în mod deosebit de frecvent în cadrul litigiilor de achiziții publice.

Prin prisma tuturor acestor considerente și reținând totodată și faptul că dosarul a fost soluționat la primul termen de judecată, un cuantum al onorariului de... (ca și cheltuielile de judecată) este rezonabil în raport de criteriile evocate anterior, și de natură să asigure un just echilibru între dreptul părții ce a avut câștig de cauza de a-și recupera cheltuielile avansate și culpa procesuală a părții ce a căzut în pretenții.

În consecință, va acorda intimitei... cheltuieli de judecată de..., reprezentând onorariu de avocat."

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la suma de..., la suma de..., este în concordanță cu elementele mai sus arătate, în condițiile art. 451 Cod procedură civilă, autoarea contestației fiind îndreptățită să solicite cheltuielile de judecată, care, în ceea ce privește onorariul de avocat, în prezenta cauza, poate fi diminuat de către Consiliu, în condițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă.

Fiind admisă contestația, pentru motivele expuse, va fi respinsă cererea de intervenție formulată de liderul... .. și membrul.....

Fiind respinsă cererea de intervenție, va fi respinsă solicitarea intervenientelor privind plata cheltuielilor determinate de soluționarea litigiului. De altfel, intervenientele nu au depus dovezi în susținerea cererii.

Trecând la soluționarea celei de-a doua contestații formulate în cadrul procedurii de..., lider al....-... AȘ (în continuare...), dosar nr...., se

reține că, prin aceasta, sunt formulate critici împotriva deciziei de respingere a ofertei... **și deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei...**

Prioritar, examinând excepția invocată de interveniente, vizând lipsa semnării contestației, Consiliul urmează a o respinge, dat fiind că se constată că reprezentantul convențional al contestatoarei, avocat..., a semnat contestația și a depus împuternicirea semnată prin care a fost împuternicit inclusiv pentru semnarea contestației.

La dosarul cauzei, contestația a fost transmisă prin e-mail și depusă și prin poștă în original, asemănător în cazul notelor scrise.

În privința deciziei de respingere a ofertei contestatoarei se are în vedere că, prin comunicarea privind rezultatul procedurii nr...., s-a adus la cunoștință... decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, pentru următoarele motive:

Ca urmare a analizei ofertei și a răspunsului dumneavoastră la solicitarea de clarificări transmisă cu adresa nr...., comisia de evaluare a constatat următoarele:

" Solicitare de clarificare:

Comisia de evaluare vă solicită transmiterea punctului de vedere detaliat și a documentelor justificative referitoare la **eligibilitatea operatorului economic... & CONTRACTING -..., în calitate de terț susținător, în cadrul procedurii** de achiziție sectorială, în conformitate cu prevederile art 3 alin. (1) lit. ii) pct. (iii) - (v) din Legea **nr. 99/2016, coroborat cu... nr...., pentru a permite comisiei de evaluare verificarea conformității cu** reglementările privind eligibilitatea operatorilor economici provenind din state terțe."

Răspuns:

În răspunsul transmis... menționează „Urmare solicitării dumneavoastră din adresa cu nr...., referitor la aplicarea dispozițiilor art 3 alin. (1) pct. ii lit. (iii) - (v) din Legea nr. 99/2016 și... 549/2021 privind tertul sustinator TURKISH... & CONTRACTING..., entitate juridică înregistrată în India, va prezentăm următoarele clarificări.

În primul rând, evidențiem că am indicat că tertul sustinator societatea... & CONTRACTING..., în legătură cu îndeplinirea cerințelor de calificare privind experiența similară, astfel cum acestea rezultă din contractele executate de tert și prezentate în Angajamentul depus împreună cu oferta. Dorim să evidențiem că experiența similară cumulată a membrilor... satisface cerințele impuse prin Fisa de date a achiziției (fără a se lua în considerare experiența tertului sustinator), iar experiența tertului am dorit să o menționăm doar pentru a dovedi pe deplin capacitatea tehnică și profesională pe care o reclama un proiect precum cel ce face obiectul prezentei licitații. Data fiind complexitatea ridicată a proiectului, precum și ținând cont de faptul că membrul... deține integral calitatea de asociat unic al tertului... & CONTRACTING... iar acesta din urmă a desfasurat și el activități similare celor cerute în prezenta licitație și are o experiență consistentă, am dorit să dovedim prin indicarea acestui tert o capacitate profesională mai solidă, depășind cerințele minime impuse, cerințe pe care le îndeplinim și dacă nu am fi indicat acest tert sustinator.

Societatea este înregistrată în India (deținută integral de societatea de drept turc TUMAŞ TURK MUHENDİSLİK MUŞA... A.Ş.), țara care nu se regăsește în lista prezentată prin... 549/2021 și nici nu se încadrează în dispozițiile mai sus menționate din Legea nr. 99/2016.

În luarea deciziei de acceptare a tertului sau de respingere a acestuia (s.n. în acest caz devenind aplicabile dispozițiile de la art....7 din Legea nr. 99/2016 privind înlocuirea tertului sustinator), considerăm oportună analizarea jurisprudenței recente a CJUE, hotărâre pe care o apreciem ca obligatoriu de aplicat, și din care rezultă că legislația prin care un stat membru interzice accesul la achizițiile publice pe piața europeană nu are niciun efect, deoarece competența în a legifera și a permite accesul pe piața achizițiilor publice este doar....

Curtea de Apel București a dispus în anul 2022 sesizarea Curții de Justiție a... (CJUE) într-o procedură de licitație organizată de Autoritatea pentru... (ARF) la care participase și o societate chineză... Ltd, solicitând instanței CJUE să clarifice:

1) Principiile securității raporturilor juridice și protecției încrederii legitime se opun unei legislații naționale care a transpus articolul 25 din [Directiva.../24], începând cu data de..., și care a stabilit ca operatorii economici care nu intră sub incidența acestor dispoziții ale... să poată participa în continuare la procedurile de achiziții publice numai dacă au depus oferte până la data intrării în vigoare a acestei modificări legislative?

2) Principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității prevăzute în articolul 18 alineatul (1) raportat la articolul 2 alineatul (1) punctul 13 și articolul 49 din [Directiva.../24] se opun excluderii unui ofertant pe baza unui act normativ cu putere de lege adoptat de... statului membru, care instituie o regulă nouă privind modificarea definiției operatorului economic, ulterior publicării anunțului de participare corespunzător procedurii de atribuire la care acesta participă?"

Ca urmare a investiției de către Curtea de Apel București, prin... din... în cauza C-266/22 Curtea a stabilit ca:

„Articolul 3 alineatul (1) litera (e) TFUE, care conferă... o competență exclusivă în materie de politică comercială comună, coroborat cu articolul 2 alineatul (1) TFUE trebuie interpretat în sensul că se opune ca, în lipsa unui act al... care să impună sau să interzică accesul la procedurile de atribuire a unor contracte de achiziții publice al operatorilor economici dintr-o țară terță care nu a încheiat cu Uniunea un acord internațional prevăzut în articolul 25 din Directiva.../24/UE a... și a Consiliului din 26 februarie... privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2...4/18/CE, o autoritate contractantă dintr-un stat membru să excludă un operator economic dintr-o astfel de țară terță în temeiul unui act legislativ pe care acest stat membru l-a adoptat fără să fi fost abilitat de Uniune în acest sens, împrejurarea că acest act legislativ a intrat în vigoare după publicarea anunțului de participare fiind fără incidență în această privință.

Curtea stabilește astfel competența sa exclusivă în a adopta dispoziții legale cu aplicabilitate generală privind accesul la piața achizițiilor publice arătând ca:

61. Rezultă că numai Uniunea este competentă să adopte un act cu aplicabilitate generală privind accesul, în spațiul său, la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al operatorilor

Art....7 (1) Entitatea contractantă verifică dacă tertul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/ îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

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

economici dintr-o țară terță care nu a încheiat cu Uniunea un acord internațional care să garanteze accesul egal și reciproc pe piețele de achiziții publice [...]

62. Astfel, în temeiul articolului 2 alineatul (1) TFUE, în domeniile de competență exclusivă a..., numai aceasta poate legifera și adopta acte cu forță juridică obligatorie, statele membre putând să facă acest lucru numai în cazul în care sunt abilitate de Uniune sau pentru punerea în aplicare a actelor.... Or, Uniunea nu a abilitat statele membre să legifereze sau să adopte acte cu forță juridică obligatorie privind accesul la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al operatorilor economici dintr-o țară terță care nu a încheiat un acord internațional cu Uniunea. Până în prezent, Uniunea nici nu a adoptat acte de această natură pe care statele membre le-ar putea pune în aplicare (Hotărârea din 22 octombrie..., Kolin Inșaat... ve Ticaret, C-652/22, EU: C:...: 910, punctul 62). [...]

64. În speță, nu exista nicio dispoziție de drept al... care să impună admiterea la procedurile de atribuire a unor contracte de achiziții publice sau excluderea din acestea a operatorilor economici dintr-o țară terță care nu a încheiat cu Uniunea un acord internațional care să garanteze accesul egal și reciproc la piețele de achiziții publice. Având în vedere normele amintite la punctele...-62 din prezenta hotărâre, potrivit cărora, în lipsa unei abilitări din partea...u a unui act al... care să poată fi pus în aplicare, se interzice statelor membre să legifereze în domeniul politicii comerciale comune, legislația națională în discuție în litigiul principal care impune autorității contractante să excludă acești operatori economici nu putea fi

aplicată. Revenea autorității contractante sarcina de a decide, în condițiile menționate la punctul anterior din prezenta hotărâre, dacă trebida să admită sau să excludă...."

Așadar, în Cauza C-266/22 CJUE a analizat tocmai aplicarea pentru excluderea unei societăți chineze a dispozițiilor indicate de dvs în clarificări. Astfel, consideram că se impune respectarea Deciziei precitate, cu atât mai mult dacă ținem cont că CJUE s-a raportat în analiza sa tocmai la dispozițiile pe baza cărora s-a emis clarificarea în prezenta procedură.

Toate dezlegările Curții mai sus amintite sunt obligatorii pentru instanțele din România, astfel că în toate situațiile instanțele naționale sunt obligate de a respecta ceea ce Curtea de Justiție a decis cu privire la interpretarea sau validitatea dreptului comunitar, fiind imposibil a interpreta contrar Curții.

Raționamentul anterior al obligativității Deciziilor interpretative ale CJUE se regăsește și în considerentele Deciziei nr.... pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, potrivit căreia "(...) o hotărâre preliminară nu are o valoare constitutivă, ci pur declarativă, cu consecința că efectele sale se aplică, în principiu, de la data intrării în vigoare a normei interpretate (a se vedea în acest sens Hotărârea din... octombrie..., Richardson, C-137/..., pct. 33) (...) deciziile interpretative ale CJUE fac corp comun cu norma interpretată și se aplică în toate situațiile în care se aplică dreptul... interpretat, adică și raporturilor juridice care s-au născut/modificat/stins anterior pronunțării deciziilor și care nu sunt încă definitive (adică fac obiectul unor litigii pendinte) ".

Totodată, și din punct de vedere constituțional se garantează aplicarea automată și prioritară a dreptului... și deciziilor adoptate, astfel cum este și cazul... precitate, care are rol de interpretare și aplicare a dispozițiilor achizițiilor publice, astfel cum acestea sunt reglementate prin Directivele... ce au fost transpuse în legislația națională prin Legea nr.99/2016 și Legea nr. 98/2016,

... pronunțată în data de... în cauza C-107/23 PPU, printre altele, Curtea a analizat principiul supremației dreptului... și a hotărât că acest principiu "trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări sau unei practici naționale potrivit căreia instanțele naționale de drept comun ale unui stat membru sunt ținute de deciziile Curții constituționale, precum și de cele ale instanței supreme ale acestui stat membru și nu pot, din acest motiv și cu riscul angajării răspunderii disciplinare a judecătorilor în cauză, să lase neaplicată din oficiu jurisprudența rezultată din deciziile menționate, chiar dacă ele consideră, în lumina unei hotărâri a Curții, că această jurisprudență este contrară unor dispoziții ale dreptului... care au efect direct."

Cu alte cuvinte, CJUE a hotărât, printr-o decizie obligatorie pentru România, faptul că judecătorul național poate să nu respecte o decizie a Curții Constituționale (obligatorie potrivit art. 147 alin. (4) din...), fără ca acesta să suporte vreo consecință de natură disciplinară, dacă judecătorul consideră că o decizie a CCR este contrară dreptului....

De asemenea, în analiza pe care o veți realiza în ceea ce privește relațiile actuale dintre... și India, privind accesul liber la piețe, sunt de reținut și negocierile din acest moment dintre cele două părți, așteptându-se în cursul acestui an formalizarea unui acord prin semnarea unui tratat de acces liber la piețele celor două părți.

Referitor la documente relevante privind eligibilitatea operatorului economic... & CONTRACTING-..., acestea au fost înaintate către comisia de evaluare la momentul depunerii ofertei, conform documentației de atribuire.

În eventualitatea în care Comisia de evaluare va aprecia că tertul sustinator nu satisface cerințele dvs., vă rugăm să luați act de disponibilitatea noastră de a ne prevala de dispozițiile art....7 din Legea nr. 99/2016 și de a vă prezenta un alt tert sustinator.

Concluzie:

Comisia de evaluare, constituită în temeiul prevederilor art... alin. (1) din KG. nr....4/... privind normele metodologice de aplicare a Legii nr...., a analizat răspunsul formulat de... (lider) -... .. **A.Ș., referitor la aplicarea dispozițiilor art. 3 alin. (1) pct. ii) Ut. (iii)-(v) din Legea nr. 99/2016 și ale... nr...., privind eligibilitatea tertului susținător... & CONTRACTING..., entitate juridică înregistrată în....**

În urma evaluării răspunsului prezentat, Comisia constată că tertul susținător menționat, fiind o persoană juridică, înregistrată într-un stat care nu figurează în lista țărilor eligibile (...), aprobată prin... nr...., nu se încadrează în categoria operatorilor economici definiți de art. 3 alin. (1) Ut. ii) din Legea nr. 99/2016.

Conform dispozițiilor art. 66 alin. (2) din aceeași lege, orice operator economic - ofertant, asociat, candidat, tert susținător sau subcontractant - care nu se încadrează în prevederile art.

3 alin. (1) lit. ii) trebuie exclus din procedură de drept, fără a fi necesară verificarea motivelor de excludere prevăzute la art. 177, 178, 180 sau a capacității tehnice și financiare. Norma are caracter imperativ, de ordine publică, iar aplicarea ei nu poate fi eludată sau modificată prin interpretare extensivă.

... a susținut, în răspunsul transmis, că... îndeplinește cerințele de calificare și fără aportul terțului neeligibil, invocând jurisprudența recentă a Curții de Justiție a..., respectiv Hotărârea pronunțată în cauza C-266/22 la data de..., prin care s-a reținut competența exclusivă a... în domeniul politicii comerciale comune. Comisia constată însă că hotărârea invocată nu are efect direct asupra normelor imperative naționale în vigoare și nu abrogă dispozițiile Legii nr....u ale... nr...., neexistând, până la această dată, niciun act legislativ... cu aplicabilitate directă care să modifice regimul de eligibilitate al operatorilor economici proveniți din state terțe nemembre ale...u care nu au încheiat acorduri internaționale conforme cu art. 25 din Directiva.../24/UE.

În consecință, legislația națională în vigoare, adoptată în temeiul competenței recunoscute statelor membre de a reglementa procedurile de achiziții în absența unui act unional direct aplicabil, rămâne deplin obligatorie pentru autoritățile contractante din România, în virtutea principiului legalității prevăzut la art. 1 alin. (5) din Constituția României și a art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, Comisia reține că dispozițiile art....7 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, referitoare la posibilitatea înlocuirii terțului susținător, nu sunt incidente în prezenta situație, întrucât acestea vizează exclusiv cazurile în care terțul nu îndeplinește criteriile de capacitate tehnică sau financiară ori se află într-unui dintre motivele de excludere prevăzute la art....

În speță, excluderea intervine pentru neeligibilitate absolută, ca efect al nerespectării prevederilor art. 3 alin. (1) lit. ii) și art. 66 alin. (2), fără posibilitatea unei înlocuiri sau renunțări ulterioare, deoarece aceasta ar constitui o modificare de substanță a DUAE și a conținutului ofertei, contravenind principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și a cadrului legal în vigoare, cu modificările și completările ulterioare.

Aplicarea acestor principii, consacrate de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, impune autorității contractante obligația de a trata în mod identic toți ofertanții și de a aplica aceleași condiții și cerințe fără a crea avantaje. Acceptarea unei modificări ulterioare privind modul de demonstrare a capacității tehnice și profesionale ar echivala cu modificarea ofertei inițiale și ar aduce atingere echilibrului procedural, afectând principiul concurenței loiale între participanți.

Având în vedere toate aceste considerente de fapt și de drept, inclusiv prevederile imperative ale art. 3 alin. (1) lit. ii) pct. (iii)-(v) și ale art. 66 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, dispozițiile... nr...., principiile legalității, transparenței și tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) din același act normativ, precum și obligația Comisiei de evaluare, prevăzută la art. 143 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, de a respinge ofertele inacceptabile.

Comisia de evaluare hotărăște respingerea ofertei depuse de... (lider) -... Mișavirlik ve ... A.Ș. ca inacceptabilă, în sensul art. 143 alin. (2) Ut. b) din HG 394/2016, întrucât nu respectă cerințele legale privind dreptul de participare la procedura de atribuire și include elemente de susținere provenite de la o entitate juridică neeligibilă conform cadrului normativ național aplicabil.

Comisia de evaluare are obligația, potrivit prevederilor art. 143 alin.(1) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, de a respinge oferta depusă de... (lider) -... ve ... A.Ș. în temeiul art. 143 alin. (1) din H.G 394/2016.

... este adoptată în deplină concordanță cu principiile legalității, transparenței și tratamentului egal, asigurând aplicarea uniformă și nediscriminatorie a prevederilor Legii nr.... și a actelor subsecvente în materia achizițiilor sectoriale. "

Din analiza motivelor detaliate prezentate în comunicarea privind rezultatul procedurii, se poate observa că motivul excluderii operatorului economic a fost determinat de aplicarea prevederilor art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016 care definesc *operatorul economic* ca fiind orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață

executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

(i) un stat membru al...;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic... (SEE);

(iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul sectorial atribuit intră sub incidența anexelor 3, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al... la acordul respectiv;

(iv) țări terțe care se află în proces de aderare la...;

(v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care... este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice.

Întrucât terțul susținător... & Contracting... este o persoană juridică înregistrată într-un stat care nu figurează în lista țărilor eligibile.

... prezentat de..., la cap. Modalitatea de participare este menționat: Asociere

... care a depus oferta:... cu rol de:...

Membrii participanți:... ve ..., are rol de: Ofertant

... & CONTRACTING -..., are rol de: Terț.

De asemenea, a fost depus anagajamentul din partea terțului susținător pentru îndeplinirea cerinței de calificare "capacitatea tehnică", fiind detaliată în anexă experiența similară a terțului.

Relevante în soluționare sunt următoarele dispoziții legale invocate și de părți:

- art. 66 din Legea nr. 99/2016: (1) Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 82 alin. (1), în oricare dintre calitățile de ofertant/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. ii). (2) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice persoană fizică sau juridică, având calitatea de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/**terț susținător**/subcontractant, care nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. ii), fără a mai fi necesară verificarea încadrării în prevederile art. 177, 178 și 180;

- art....7 din Legea nr. 99/2016: (1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

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

Totodată, nu poate fi ignorată în soluționare hotărârea... cauza C-266/22, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în

temeiul articolului 267 TFUE de... (România), prin decizia din..., primită de Curte la..., în procedura... Ltd... împotriva Autorității pentru..... SpA, în care s-au stauat, între altele:

63. În lipsa unor acte adoptate de Uniune, **revine autorității contractante sarcina de a evalua dacă trebuie să admită la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice operatorii economici**

dintr-o țară terță care nu a încheiat cu Uniunea un acord internațional

care să garanteze accesul egal și reciproc pe piețele de achiziții publice și, în cazul în care ea decide o astfel de admitere, dacă este necesar să se prevadă o ajustare a punctajului rezultat din compararea ofertelor făcute de acești operatori cu cele prezentate de alți operatori (Hotărârea din 22 octombrie.....

ve Ticaret, C-652/22, EU: C:....: 910, punctul 63).

64. În speță, nu exista nicio dispoziție de drept al... care să impună admiterea la procedurile de atribuire a unor contracte de achiziții publice sau excluderea

din acestea a operatorilor economici dintr-o țară terță care nu a încheiat cu

Uniunea un acord internațional care să garanteze accesul egal și reciproc la piețele de achiziții publice. Având în vedere normele amintite la punctele...-62 din prezenta hotărâre, potrivit căroră, în lipsa unei abilitări din partea...u a unui act al... care să poată fi pus în aplicare, se interzice statelor membre să legifereze în domeniul politicii comerciale comune, legislația națională **în discuție în litigiul principal care impune autorității contractante să excludă acești operatori economici nu putea fi aplicată. Revenea autorității contractante sarcina de a decide, în condițiile menționate la punctul anterior din prezenta hotărâre, dacă trebuia să admită sau să excludă....**

Față de cel de mai sus, mai întâi, trebuie observat că, în contextul... care stabilește în sarcina autorității contractante dreptul de a admite sau exclude un operator economic, ținând seama și de legislația națională în vigoare care prevede excluderea din *procedura de atribuire* orice persoană fizică sau juridică, având calitatea de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/**subcontractant**,

care nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016, prin documentația de atribuire, entitatea contractantă nu a făcut vreo minimă referire la admiterea sau acceptarea participării la procedură a operatorilor economici din state terțe care nu au încheiate acorduri cu Uniunea. În aceste condiții... nu poate fi sancționată pentru înțelegerea sa că puteau fi admiși la procedură și acești operatori economici.

În lipsa unei prevederi exprese în documentația de atribuire vizavi de interzicerea participării la procedură a operatorilor economici din țări terțe care nu au acorduri încheiate cu... și în contextul celor stabilite de hotărârea CJUE... a declarat un terț susținător din India, solicitând, în contextul clarificărilor înaintate de entitatea contractantă, înlocuirea terțului susținător care susține capacitatea tehnică.

Lipsa de transparență în întocmirea documentației de atribuire care nu a stabilit expres condițiile de participare la procedură și măsura de excluderea a operatorului economic fără acceptarea înlocuirii terțului susținător au condus la o situație sancționatorie excesivă pentru asociere, cu atât mai mult cu cât dispozițiile legale mai sus citate permit ca, în situația în care terțul susținător nu îndeplinește criteriile privind capacitatea, entitatea contractantă să solicite, *o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).*

Din documentele depuse încă de la data limită de depunere a ofertelor a rezultat că angajamentul terțului susținător este acordat pentru experiența similară. Or, în condițiile în care decidea că nu acceptă în procedură participanți din state terțe care nu au acorduri cu Uniunea, fără ca acest lucru să fie stabilit, în mod transparent, anterior datei limit de depunere a ofertelor, achizițoarea, față de cererea operatorului economic, trebuia să permită înlocuirea terțului susținător, aplicând dispozițiile art....7 din Legea nr. 99/2016.

Câtă vreme legislația permite o situație de excepție în care operatorul economic să înlocuiască o singură dată terțul susținător dacă se constată că acesta nu îndeplinește cerința privind capacitatea, în speță, experiența similară, respingerea ofertei nu se impunea anterior acordării acestei posibilități.

Măsura de respingere luată de entitatea contractantă este disproporționată în raport cu scopul impunerii criteriilor de calificare, respectiv cel de verificare a capacității operatorilor economici de derulare în mod corespunzător a contractului.

Respectarea efectivă a principiului proporționalității presupune ca măsurile luate de entitățile contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, iar, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare. De asemenea,

inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Înlocuirea terțului susținător nu afectează principiul tratamentului egal și nici evaluarea ofertei.... În concluzia sa menționată și în comunicarea privind rezultatul procedurii, entitatea arată că *"acceptarea unei modificări ulterioare privind modul de demonstrare a capacității tehnice și profesionale ar echivala cu modificarea ofertei inițiale și ar aduce atingere echilibrului procedural"*, în condițiile în care o astfel de modificare presupunând înlocuirea o singură dată a terțului susținător este prevăzută chiar de dispozițiile legale, iar în speță, terțul susținător a fost indicat pentru dovedirea capacității tehnice.

Măsura luată nu este justificată, astfel că va fi invalidată de Consiliu, entitatea urmând a solicita... înlocuirea terțului susținător și evaluarea în consecință a ofertei, fiind întemeiate criticile din contestație vizavi de decizia de respingere a ofertei....

În ceea ce privește criticile aduse ofertantei desemnate câștigătoare, vizavi de implicarea... rămân valabile cele reținute cu ocazia soluționării primei contestații.

Referitor la certificatele ISO prezentate de... câștigătoare, analizând aceste certificate, menționate și în anexa la procesul-verbal nr...., Consiliul constată că activitățile prevăzute în certificatul depus de ... sunt: Proiectare lucrări civile. Servicii de management de proiect. Supravegherea construcțiilor. Coordonarea siguranței în faza de proiectare și execuție. Verificări privind proiectarea lucrărilor în scop de validare/ aprobare, efectuate în conformitate cu legislația în vigoare; pentru...: proiectare, execuție, consultanță și asistență tehnică în toate tipurile de construcții civile, industriale, drumuri, partii de schi, poduri, lucrări edilitare de instalații electrice interioare și exterioare (inclusiv bransamente aeriene, subterane, la tensiuni de...- 20kv și de orice tip), instalații și rețele de gaze, iluminat public, construcții hidrotehnice, platforme, piste și cai de rulare din domeniul aeroportuar, elaborarea studiilor topografice, geotehnice; studii hidrologice; lucrări de intervenție privind monumentele istorice și pentru...: Servicii de proiectare, dezvoltare, supervizare și management al construcțiilor, precum și diagnosticare în domeniile alimentării cu apă, arhitectură, utilități mecanice și electrice, mediu, resurse de apă, sol, drumuri, trafic, cale ferată / metrou, port, oraș, proprietăți, peisagistică.

Potrivit fișei de date a achiziției, operatorii economici trebuiau să îndeplinească următoarea cerință:

III.....b) Standarde de asigurare a calitatii și de protecție a mediului
Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Cerința 1: Standarde de asigurare a calității

Modalitatea de îndeplinire:

... /... asociat va prezenta dovada implementării unui standard de asigurare a calității conform standard ISO... pentru **activitatea principală ce face obiectul contractului, sau echivalent.**

Pentru situațiile în care se depun oferte în asociere, cerința trebuie îndeplinită de fiecare membru al... pentru partea din contract pe care o execută, aferentă activității principale ce face obiectul contractului.

Potrivit acordului de asociere, cei trei asociați au convenit *derularea/ implementarea în comun a contractului*.

Având în vedere derularea în comun a contractului și depunerea de către cei trei asociați a certificatelor privind implementarea unui sistem de calitate pentru domeniile amintite, o măsură de respingere a ofertei pentru neîndeplinirea cerinței vizând prezentarea certificatului ISO pentru domeniul infrastructură de cale ferată ar fi o măsură disproporționată, față de rolul acestor certificate. Asumarea derulării comune a contractului nu putea fi ignorată de organizatoarea procedurii, care, în mod corect, a luat în considerare certificatele ISO astfel cum au fost depuse. Faptul că doar... are certificat domeniul Servicii de proiectare, dezvoltare, supervizare și management al construcțiilor, precum și diagnosticare în domeniile (...) cale ferată, nu trebuia să determine luarea unei măsuri extrem de respingere a ofertei, criticile contestatoarei fiind neîntemeiate.

În privința experienței experților, nici prin contestație, nici ulterior studierii documentelor de evaluare puse la dispoziție de Consiliu, nu au fost prezentate argumente concrete care să determine această concluzie. Consiliul este chemat să verifice legalitatea evaluării efectuate de entitatea contractantă în raport cu criticile formulate de contestatoare, or, aceste critici lipsesc, fiind indicate elemente generale care nu corespund unei motivări corespunzătoare care să permită analiza organului administrativ-jurisdicțional.

Astfel fiind, în referire la oferta desemnată câștigătoare depusă de... .., se constată a fi întemeiate criticile în referire la participarea în procedură a..., în privința căreia va fi dispusă reevaluarea.

În considerarea celor prezentate, va fi admisă contestația formulată de..., urmând a fi dispusă reevaluarea ofertei... și a... ..

Referitor la excepția lipsei de interes a... în formularea contestației, invocată de interveniente, Consiliul urmează a o respinge. Se are în vedere că, din materialul probator, rezultă că... nu a fost evaluată de entitatea contractantă, astfel că nu se poate stabili dacă aceasta a depus o ofertă conformă și nici locul ocupat în clasament. Faptul că nu au fost criticate ofertele clasate pe locurile 2, 3 și 4, nu atrage concluzia lipsei de interes a contestației, necesitatea înlăturării tuturor acestor oferte pentru a ajunge la ocuparea locului I fiind doar o supoziție a intervenientelor. Câtă vreme s-a constatat că este necesară intrarea..., în lipsa determinării punctajului pe care l-ar putea obține, nu poate fi înlăturată contestația pe motivul lipsei de interes.

Referitor la cererea contestatoarei privind plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, aceasta va fi respinsă, nefiind depuse dovezi în susținere.

Pentru motivele expuse, fiind admisă contestația, va fi respinsă cererea de intervenție formulată de liderul... .. și..., membru al....

Urmare respingerii cererii de intervenție, va fi respinsă cererea intervenientelor privind plata cheltuielilor determinate de soluționarea litigiului. De altfel, acestea nu au depus dovezi în susținerea cererii.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, admite contestațiile formulate de..., lider al..., și..., lider al....-... AȘ, în contradictoriu cu... de... „...” S.A., și anulează raportul procedurii de atribuire nr...., în partea ce privește oferta... .. SPA (lider)-...-.... LTD și oferta....-... AȘ, procesele-verbale privind evaluarea informațiilor din DUAЕ, evaluarea tehnică și evaluarea documentelor suport DUAЕ, în partea ce privește cele două oferte, și comunicările privind rezultatul procedurii. Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 20 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta... .. SPA (lider)-...-.... LTD și oferta....-... AȘ, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi transmis operatorilor economici implicați în termenul legal.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, admite cererea contestatoarei... privind obligarea entității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației și obligă... de... „...” SA la plata către această societate a sumei de... reprezentând onorariu avocat.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererile de intervenție formulate de SPA, lider al... .. SPA (lider)-...-.... și..., membru al aceleiași asocieri, și le respinge.

Respinge solicitările contestatoarei... și ale intervenientelor SPA și... privind plata cheltuielilor determinate de soluționarea litigiului.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,

...

...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 6 exemplare, conține 47 pagini