CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 411/10.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15319/17.04.2018, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva adresei nr. 26703/22.03.2018 de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „Sursă de apă și stație tratare ...”, s-a solicitat anularea adreselor nr. 26703/22.03.2018 de comunicare a rezultatului procedurii și nr. 31161/05.04.2018 de răspuns la notificarea prealabilă, precum și anularea parțială a raportului procedurii nr. 26701/22.03.2018, în ceea ce privește considerentele respingerii ofertei sale ca neadecvată și inacceptabilă.

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

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

Prin contestația nr. 411/10.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15319/17.04.2018, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... critică adresa nr. 26703/22.03.2018 de comunicare a rezultatului procedurii, prin care entitatea contractantă i-a respins oferta ca neadecvată și inacceptabilă.

Contestatorul arată că adresa entității contractante nr. 31161/05.04.2018 de răspuns la notificarea prealabilă este lovită de nulitate, urmare a nemotivării sale în fapt și în drept. Răspunsul entității contractante la solicitarea de adoptare a măsurile de remediere este un act administrativ care trebuie să respecte exigențele de formă specifice,

dintre care se referă, în mod direct, la problematica motivării actului în fapt și în drept.

Contestatorul consideră că motivarea oricărui act administrativ trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte de o manieră clară și univocă algoritmul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată, astfel încât să li se permită persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor și să permită instanțelor de judecată revizuirea actelor, insuficiența motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea sau nevalabilitatea actelor administrative. Motivarea este necesară și atunci când instituția publică emitentă dispune de o largă putere de apreciere, căci astfel se conferă actului transparență, particularii putând verifica dacă actul atacat este corect fundamentat, iar instanțele putând exercita controlul jurisdicțional.

Principiul obligativității motivării clare a actului administrativ este statuat de practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, din care, contestatorul evocă, cu titlu de exemplu, decizia nr. 1580/2008, care citează din principiile Curții Europene de Justiție.

În consecință, contestatorul susține că actele administrative contestate nu îndeplinesc condiția esențială a motivării, sancțiunea fiind nulitatea absolută, nulitate ce nu poate fi acoperită printr-o motivare ulterioară.

Pe fondul cauzei și în ceea ce privește motivul de excludere a ofertei contestatorului, potrivit căruia, în lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani există o serie de informații false în raport cu înscrisurile emise de autoritățile contractante beneficiare ale contractelor de achiziții publice respective, cu trimitere la contractul *„Extinderea și reabilitarea sistemului de captare și tratare a apei potabile din aglomerările ..., ..., ..., ...”*, ... face următoarele precizări:

În primul rând, entitatea contractantă nu putea da niciun efect juridic acestui document - lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani - în cuprinsul raportului procedurii, deoarece prezentarea sa nu a fost solicitată prin documentația de atribuire.

Așa cum rezultă din analiza documentației emisă de către entitatea contractantă, contestatorul precizează că se poate observa că nu a fost solicitată o asemenea listă, ci doar indicarea unui singur contract (sau cel mult două, dacă nu există un contract pentru proiectare și execuție) drept experiență similară. Cum această listă nu a fost solicitată, în speță nu este îndeplinită condiția reglementată prin prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, respectiv, nu există scopul vizat și anume, *„verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție*”.

Contestatorul menționează că acest contract nu a fost indicat ca experiență similară, ci contractul *„Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...”*, astfel cum s-a reținut de altfel la fila 81 a raportului procedurii, depunerea listei principalelor lucrări este fără efecte în procedură, deoarece nu a fost solicitată (fiind efectul unei simple obișnuințe de a depune o asemenea listă).

În al doilea rând, contestatorul arată că entitatea contractantă era obligată să solicite mai întâi clarificări cu privire la pretinsa neconcordanță între data declarata de acesta, drept finalizarea acestui

contract, 14.01.2014 și data de 18.08.2014, identificată de entitatea contractantă prin verificarea documentelor publicate în SEAP.

Așa cum practica C.N.S.C. și a instanțelor de judecată a conturat deja de mult timp, contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu poate proceda la excluderea unei oferte fără a solicita, în prealabil, ofertantului să clarifice eventualele informații incomplete sau eronate pe care aceasta le identifică în documentele ofertei. Cum asemenea solicitări nu au fost clarificate, excluderea ofertei pe acest considerent, este prematură și, drept urmare, netemeinică.

Ca și temei de drept, contestatorul invocă prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016, care consacră principiul dreptului la probațiune în apărare al ofertantului, față de motivele potențiale de excludere, pe care îl citează.

În al treilea rând, contestatorul susține că dacă entitatea contractantă i-ar fi solicitat clarificări, ar fi arătat faptul că deține documentul constatator primar nr. 2300 din 11.08.2014, eliberat de autoritatea contractantă ..., în care, durata contractului este menționată ca fiind de la 01.06.2011 până la 30.01.2014, dar și documentul constatator final nr. 1312 din 01.08.2016, în care durata contractului este precizată, de asemenea, ca încheindu-se la 30.01.2014.

Pe de altă parte, așa cum a arătam mai sus, contestatorul precizează că data efectivă de finalizare a acestui contract (11.01.2014 - 30.01.2014 ori 18.08.2014) este irelevantă, neputând produce niciun fel de efect în procedura de față, neavând nicio semnificație în ceea ce privește „*verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție*” și, drept urmare, în conformitate cu art. 180 alin. (1) lit. h), nu putem fi în prezența unui motiv de excludere legal.

În continuare, contestatorul face precizarea că entitatea contractantă nu putea proceda la calificarea ofertei sale ca neadecvată și inacceptabilă, urmare a faptului că în cuprinsul listei principalelor lucrări, la contractul referitor la „*MS-SG&CS-YB-04 ...și ... reabilitarea stațiilor de tratare a apei 1710 din 19.06.2013*”, a identificat neconcordanțe între perioada de derulare a contractului declarată, 13.08.2013-13.04.2016 și data de încetare a efectelor contractului, considerată drept 31.08.2018.

Astfel, contestatorul menționează că lista principalelor lucrări nu a fost solicitată de către entitatea contractantă, precum și faptul că aceasta nu i-a solicitat clarificări cu privire la acest subiect. Dacă entitatea contractantă ar fi solicitat clarificări contestatorului, acesta ar fi arătat faptul că nu se mai putea reține la acest moment existența de lucrări executate defectuos sau neexecutate, din Anexa 2 la procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor din 31.05.2017, deoarece aceste lucrări au fost remediate, sens în care depune anexat, „câteva procese-verbale de remediere”.

Prin invocarea acestui motiv de excludere și nesolicitarea de clarificări, în contextul în care entitatea contractantă cunoaște foarte bine faptul că efectuarea remedierilor nu se reflectă în documente publicate în SEAP, contestatorul apreciază că aceasta a încălcat, în mod evident, principiul proporționalității.

Cu privire la respingerea ofertei ca neadecvată, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, contestatorul arată că nici aceste afirmații nu sunt legale ori temeinice, pentru următoarele considerente:

Este adevărat faptul că în documentul constatator final emis de autoritatea contractantă ..., la 01.08.2016, s-a menționat faptul că *„în cadrul contractului au fost executate lucrări care au fost finalizate după expirarea duratei de execuție a lucrărilor, respectiv, data de 30.01.2014 pentru care au fost aplicate penalități contractuale. Lucrările din cadrul contractului au fost executate în totalitate la data de 18.08.2014”*, dar contestatorul consideră că această mențiune nu poate constitui temei al excluderii ofertei sale, pentru următoarele considerente:

Ca o chestiune prealabilă, contestatorul reiterează cele mai sus arătate, potrivit cărora, entitatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări, în temeiul prevederilor art. 221 din Legea nr. 99/2016, înainte de a aplica acest motiv de excludere, având în vedere faptul că aceasta nu a cunoscut contextul în care au fost aplicate aceste penalități, iar art. 184 din Legea nr. 99/2016 îi acordă dreptul de a furniza dovezi care să arate, în concret, dacă sunt întemeiate motivele de excludere reglementate de art. 180. Prin nesolicitarea de clarificări, entitatea contractantă a încălcat dreptul contestatorului la probațiune, reglementat prin prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016.

În sensul obligativității entității contractante de a permite aplicarea efectivă a acestui text, contestatorul invocă, cu titlu de exemplu, decizia C.N.S.C. nr. 748/C8/498 din 21.03.2018, pronunțată într-o speță similară.

Dacă entitatea contractantă ar fi solicitat clarificări contestatorului, acesta apreciază că s-ar fi constat că în niciun caz nu suntem în cazul unei abateri grave, așa cum aceasta este definită prin art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu alin. (6) din Legea nr. 99/2016, pe care le citează.

Așa cum rezultă din prevederile mai sus enunțate, contestatorul precizează că pentru a fi în situația de excludere a unui ofertant, trebuie să existe încălcări grave ale unor obligații contractuale, încălcări care constau în neexecutarea obiectului unui contract, realizarea de lucrări ce prezintă neconformități majore, astfel încât lucrarea respectivă nu poate fi utilizată sau alte fapte de o gravitate similară, care să fi generat pagube pentru autoritățile contractante.

În continuare, ... citează dispozițiile art. 161 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare ale Legii nr. 99/2016 și susține că, pentru a se putea, în mod legal și temeinic excluderea unui ofertant dintr-o procedură de achiziție publică, nu este suficient ca să existe un document constatator nefavorabil ofertantului în cauză, ci trebuie constatat că ceea ce se impută acestuia prin documentele respective, reprezintă încălcări grave ale contractelor asumate, de genul celor exemplificate de prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 99/2016.

Or, în cazul contactului invocat, contestatorul arată că nu se reține abateri grave de genul avut în vedere de dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016, în sensul neexecutării lucrărilor sau al executării unor lucrări neconforme ci, din contră, lucrările au fost executate, sens în care au fost încheiate procese-verbale de recepție la terminarea

lucrărilor și respectiv procese-verbale de recepție finală fără semnalarea de deficiențe. De asemenea, contractul nu a fost reziliat și nu s-au imputat deficiențe în privința lucrărilor executate.

Astfel, contestatorul menționează că singurele lucruri imputate acestuia, sunt depășirea termenului de execuție a lucrărilor și potențiale penalități derivate strict din nerespectarea termenului contractual (nu daune interese pentru neexecutarea obiectului contactului), iar în cazul său, finalizarea contractului după termenul contractual convenit nu poate fi asimilat cu cazurile grave enumerate prin art. 180 alin. (8), în condițiile în care, dimpotrivă, lucrările au fost executate și au fost conforme cu contractul, existând inclusiv procese-verbale de recepție finală.

În acest context, contestatorul invocă prevederile art. 1 din Regulamentul privind recepția construcțiilor adoptat prin H.G. nr. 273/1994, care definește în mod expres recepția. Astfel, prin semnarea proceselor-verbale de recepție la terminarea lucrărilor și mai apoi a proceselor-verbale de recepție finală, beneficiarul a atestat executarea corespunzătoare a lucrărilor, deci inexistența vreunei abateri grave în sensul art. 180 alin. (8) din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul susține că este adevărat faptul că prevederile art. 180 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 conțin exemple, dar din acestea se deduce intenția legiuitorului de a da un sens cuvântului „grav" - încălcarea trebuie să fie în mod evident cu eveniment cu consecințe importante asupra contractului respectiv, iar, pe de altă parte, entitatea contractantă nu a justificat în niciun mod caracterul grav al pretinsei încălcări.

Drept urmare, contestatorul precizează că decizia entității contractante de excludere a ofertei sale din procedura de atribuire, motivat de cele două documente constatatoare, este nelegală și netemeinică, nefiind întrunită condiția ca acesta să se regăsească în situația unor încălcări grave ale contractelor de achiziție încheiate anterior.7

Totodată, contestatorul învederează și faptul că practica C.N.S.C. în această privință, este aceea de a reține că nu orice fel de abatere reprezintă temei al descalificării unui ofertant dintr-o procedură de achiziție publică, în condițiile în care abaterea nu este una gravă, ce constă în neexecutarea unui contract, în realizarea de lucrări necorespunzătoare, acest fapt trebuind a conduce la despăgubiri datorate autorității contractante și, în acest sens, amintește cu titlu de exemplu decizia C.N.S.C. nr. 222/30.03.2017, prin care se reține că nerespectarea duratei contractului nu constituie o abatere gravă și că neîndeplinirea unor obligații ce reprezintă 15,6% din valoarea contractului, nu reprezintă o abatere gravă - în speța de față, valoarea penalităților reprezintă mult mai puțin din valoarea contractului și nu se discută de neexecutarea obiectului contractului.

Or, față de cele mai sus precizate, contestatorul consideră că decizia entității contractante este netemeinică și nelegală, nefiind îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., solicită C.N.S.C. anularea adreselor nr. 26703/22.03.2018 de comunicare a rezultatului procedurii și nr. 31161/05.04.2018 de răspuns la notificarea prealabilă, precum și anularea parțială a raportului procedurii nr. 26701/22.03.2018, în ceea ce privește considerentele respingerii ofertei sale ca neadecvată și inacceptabilă.

Prin punctul de vedere nr. 35354/20.04.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 16107/20.04.2018, ... solicită admiterea excepției lipsei calității de reprezentant și anularea contestației ca formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant, admiterea excepției lipsei de interes și respingerea contestației ca fiind lipsită de interes și nefondată.

Entitatea contractantă arată, cu privire la lipsa calității de reprezentant, faptul că respectiva contestație este semnată de d-na av. ..., fără a fi fost comunicată și o copie a împuternicirii avocațiale. Notificarea prealabilă nr. 172/19.02.2018, semnată de d-na av. ..., a fost însoțită de o copie a împuternicirii avocațiale nr. IS/30.015.332/20.02.2018, ce prevede că limita mandatului acordat este acela de redactare, semnare și susținere notificare prealabilă, asistență/reprezentare în fața ..., iar acest mandat avocațial nu este valabil și pentru contestația în fața C.N.S.C.

În temeiul art. 82 NCPC, entitatea contractantă invocă excepția lipsei dovezii calității de reprezentant a d-nei av. ... pentru contestator, solicitând admiterea excepției și anularea contestației ca fiind formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant. Potrivit art. 176 pct. 2 NCPC, nulitatea nu este condiționată de existența unei vătămări, în cazul încălcării dispozițiilor legale referitoare la reprezentarea procesuală.

Cu privire la procedura de atribuire, entitatea contractantă arată că a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea anunțului de participare cu nr. 178715/07.09.2017, la care a fost atașată documentația de atribuire privind contractul de lucrări, proiectare și execuție având ca obiect „Sursa de apă și stație tratare ...”, iar la pct. III.2.3. Capacitatea tehnică și/sau profesională, s-a prevăzut sub nr. 1, cerința experienței similare, în conformitate cu art. 192 lit. a) din Legea nr. 99/2016: *„Ofertanții trebuie să facă dovada ca în ultimii 5 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei au realizat un sistem de alimentare cu apă care să includă minim 3 (trei) puțuri forate, cu un debit minim pe foraj de* $Q_{foraj}=10\ m^3/h$*, putându-se demonstra îndeplinirea cerinței și distinct pentru componenta de proiectare, respectiv execuție*”.

Ca modalitate de îndeplinire a cerinței, entitatea contractantă susține că s-au prevăzut următoarele: *„Cerința se consideră îndeplinită prin prezentarea unui contract de proiectare și execuție sau prin prezentarea a două contracte distincte, unul de proiectare și unul de execuție.*

Se va completa DUAE de către operatorii participanți la procedură cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc.

Aceste documente sunt:

Pentru contractele de lucrări:

- extrase relevante ale contractului/ documente/ certificate (ex. procesul-verbal de recepție finală /procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor.

Pentru contractele de servicii de proiectare:

- extrase relevante ale contractului/ documente/ certificate (ex. procesul-verbal de aprobare a documentației, la nivel PT, de către Beneficiarul investiției) care să ateste faptul că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit.

Notă: în cazul în care oferta este depusă de un grup de operatori economici, cerința privind experiența similară se poate îndeplini prin cumul, iar documentele solicitate care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate de cei care îndeplinesc această cerință".

Pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, entitatea contractantă precizează că asocierea contestatoare a prezentat următoarele:

(i) Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani. Din lista menționată, contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ... (Proiectare și execuție) Contract S-06/23.05.2012" este nominalizat în vederea îndeplinirii cerinței;

(ii) Fișa privind experiența similară în executarea lucrărilor pentru contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...";

(iii) Contract de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012, încheiat între ... și ..., având ca obiect „Proiectare și Execuția de lucrări în cadrul proiectului «Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...»;

(iv) extras din Contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." - Documentația de Atribuire, Volumul 3.1: Cerințe Specifice, Secțiunea 2: Cerințe Funcționale și Tehnologice;

(v) Listă de prețuri (Lista A - Lista E);

(vi) Act Adițional nr. 1 din 09.11.2012 la contractul S-6/23.05.2012;

(vii) Act Adițional nr. 2 din 12.02.2014 la contractul S-6/23.05.2012;

(viii) Act Adițional nr. 3 din 24.06.2014 la contractul S-6/23.05.2012;

(ix) Act Adițional nr. 4 din 20.08.2014 la contractul S-6/23.05.2012;

(x) Proces Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor nr. 34 din 24.10.2014 însoțit de Anexa 2 și 3 la contractul de subantrepriză S-06/23.05.2012;

(xi) Document constatator emis de Compania de Apă ... - Dâmbovița, înregistrat sub nr. 25594/04.08.2017 și nr. 1717/04.08.2017, pentru Antreprenorul asocierea formată din ... (lider - actual ...) și ... (asociat), pentru contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...".

Totodată, ... menționează că respectivul contract de subantrepriză a cuprins atât servicii de proiectare (întocmire documentație pentru autorizația de construire și avize, proiect tehnic și detalii de execuție, documentații as-built), cât și lucrări de extindere/reabilitare front de captare ..., extindere front captare Dragomirești Nord-Perimetru și reabilitare stație de clorinare și s-a descărcat din SEAP documentația de atribuire aferentă anunțului de participare nr. 130748/22.09.2011 - Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..., constatând următoarele:

- potrivit anunțului de atribuire (sectoriale) nr. 125290/07.06.2012 contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." a fost atribuit de autoritatea contractantă ... asocierii ... – ..., la o valoare de 22.568.588 lei;

- condițiile generale ale contractului sunt „Condiții de contract pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare" Ediția I din 1999 publicată de FIDIC (Federația Internațională a Inginerilor Consultanți);

- anexa la ofertă prevede următoarele, în referire la Sub-Clauza 4.4: *„Procentul maxim de lucrări ce poate fi subcontractat a) Subcontractanți nominalizați în ofertă: Conform declarației ofertantului prin Formular 19, b) Subcontractanți propuși după semnarea Contractului: maxim 5*";

- Sub-Clauza 1.1.2.8 din Condițiile Generale prevede: *„Subantreprenor înseamnă orice persoană numită în Contract Subantreprenor sau orice persoană desemnată ca Subantreprenor pentru o parte de Lucrări și succesorii legali ai acestor persoane";*

- Sub-Clauza 3.1 [Responsabilitățile și Autoritatea Inginerului] par. 3 din Condițiile Generale prevede: *„Inginerul poate să exercite autoritatea atribuită Inginerului conform prevederilor Contractului sau cea implicată de executarea Contractului. Dacă pentru anumite atribuții Inginerul trebuie să obțină aprobarea Beneficiarului înainte de a-și exercita autoritatea, atribuțiile respective vor fi cele specificate în Condițiile Speciale. Beneficiarul nu va impune alte constrângeri asupra autorității Inginerului, cu excepția celor stabilite cu Antreprenorul*";

- Sub-Clauza 3.1 [Responsabilitățile și Autoritatea Inginerului] din Condițiile Speciale Suplimentare prevede: *„La sfârșitul sub-clauzei 3.1 completate conform Condițiilor Speciale Obligatorii, se introduc următoarele: Inginerul va obține aprobarea specifică a Autorității Contractante înainte de a întreprinde orice acțiune potrivit prevederilor sub-clauzei următoare:*

a) Sub-clauza 4.4: Este necesară aprobarea expresă a Autorității Contractante înaintea emiterii aprobării pentru orice Subantreprenor (...)";

- potrivit Sub-Clauzei 4.4 [Subantreprenorii] din Condițiile Generale, astfel cum a fost modificată și completată prin Condițiile Speciale: *„Antreprenorul nu va subcontracta o valoare mai mare a Lucrărilor decât maximul specificat în Anexa la Ofertă.*

În cazul în care părți din Lucrări urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulți Subantreprenori, la semnarea Acordului Contractual, Antreprenorul va furniza Beneficiarului contractele încheiate de Antreprenor cu Subantreprenorii nominalizați în Ofertă. Acesta contracte vor îndeplini condițiile din Ofertă și vor constitui Liste la Contract.

Antreprenorul nu va avea dreptul de a înlocui pe nici unul din Subantreprenorii nominalizați în Ofertă fără acceptul prealabil al Autorității Contractante și al Inginerului, iar prin înlocuirea Subantreprenorilor nu pot fi modificate propunerea tehnică și propunerea financiară prezentate inițial.

Antreprenorul va fi responsabil pentru acțiunile sau erorile Subantreprenorilor, ale agenților sau angajaților săi, ca și cum acestea ar fi acțiunile sau erorile Antreprenorului.

Cu excepția altor prevederi ale Condițiilor Speciale:

a) Antreprenorului nu i se va cere să obțină aprobarea pentru furnizorii de Materiale sau pentru subcontractare când Subantreprenorul este numit în Contract:

b) pentru numirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului va fi obținut consimțământul prealabil al Inginerului;

c) Antreprenorul va transmite Inginerului înștiințări cu cel puțin de 28 de zile înainte de termenele la care Subantreprenorul intenționează să înceapă lucrările, precum și datele efective de începere a lucrărilor pe Șantier;

Asemenea aprobare prealabilă nu va fi cerută dacă valoarea contractului de subantrepriză este mai mică de un procent (1%) din Prețul Contractului, fără ca valoarea totală a unor astfel de contracte de subantrepriză acordate fără aprobarea prealabilă a Autorității Contractante și a Inginerului să poată depăși un procent (1%) din Prețul Contractului; în astfel de cazuri, Antreprenorul va informa Inginerul și Autoritatea Contractantă cu cel puțin 10 zile lucrătoare înainte de încheierea respectivelor contracte și va furniza cu promptitudine informațiile suplimentare ce ar putea fi solicitate de către Inginer sau Autoritatea Contractantă. Aprobarea va fi acordată potrivit criteriilor cum ar fi: situația personală (nu este în faliment sau similar, nu s-a emis o decizie finală pentru conduita profesională necorespunzătoare, îndeplinirea obligațiilor de plată a taxelor și contribuțiilor sociale), poziție financiară solidă, experiență în proiecte similare (pentru tipul de lucrări care se intenționează a se executa de către Subantreprenorii propuși), etc.”

- potrivit Sub-Clauzei 5.1 [Obligații Generale de Proiectare] din Condițiile Speciale: *„Se șterge primul paragraf al Sub-Clauzei 5.1 și se înlocuiește cu următoarele: Antreprenorul va executa și va fi responsabil pentru proiectarea Lucrărilor. Proiectul va fi executat de către proiectanți calificați, ingineri sau alți profesioniști care îndeplinesc criteriile (dacă există) specificate în Cerințele Beneficiarului și va fi*

verificat în conformitate cu Legile în vigoare de către un specialist verificator de proiecte atestat, angajat de către Antreprenor. Cu excepția altor prevederi ale Contractului, Antreprenorul va transmite spre consimțământul Inginerului numele și detalii relevante ale fiecărui proiectant, verificator de proiect și Subantreprenor de proiectare propus".

Întrucât data atribuirii contractului „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." este 02.05.2012, iar valoarea declarată în contractul de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012 depășește procentul de 1% din valoarea contractului, peste care este necesară aprobarea prealabilă a autorității contractante și a Inginerului Contractului, cu adresa nr. 13875/12.02.2018, entitatea contractantă a solicitat ... să comunice dacă ... (actual ...) a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii].

... a arătat în răspunsul nr. 8045/14.02.2018 că ... (actual ...) nu a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii], prin solicitarea de clarificări nr. 8 emisă cu adresa nr. 15141/16.02.2018, entitatea contractantă a solicitat contestatorului să comunice înscrisuri emise de beneficiarul investiției ce a făcut obiectul contractului „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...", care să ateste faptul că a avut calitatea de subcontractor în cadrul contractului menționat.

Entitatea contractantă a apreciat că prin răspunsul nr. 132/19.02.2018, asocierea contestatoare nu a prezentat înscrisuri emise de ... care să dovedească calitatea de subcontractant în cadrul contractului „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." și totodată, a completat răspunsul cu documente aferente contractului „MS-SG&CS-YB-04 ...și ... - Reabilitarea Stațiilor de tratare a Apei (Proiectare și Execuție) nr. 1710/19.06.2013".

În continuare, entitatea contractantă susține că ... a formulat în precedent și contestația nr. 232/02.03.2018 împotriva solicitării de clarificări nr. 8, solicitând anularea adresei nr. 15141/16.02.2018 prin care s-a comunicat solicitarea de clarificări nr. 8, anularea răspunsului nr. 18858/27.02.2018 la notificarea sa prealabilă și obligarea autorității contractante la evaluarea ofertei sale, fără luarea în considerare a solicitării de clarificări nr. 8 și a răspunsului la aceasta. S-a motivat, în esență, că această solicitare de clarificări excede prevederii din fișa de date a achiziției privind modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, fiind încălcat art. 36 din H.G. nr. 394/2016, iar Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, pe lângă împrejurarea că nu stabilește cerințe automate suplimentare de calificare sau selecție pe care operatorii economici să le respecte independent de fișa de date a achiziției, nu se poate aplica retroactiv în privința documentelor pentru dovedirea experienței similare rezultată dintr-un contract încetat înainte de intrarea în vigoare a actului normativ.

... precizează că prin decizia C.N.S.C. nr. 756/C7/774 din 22.03.2018, s-a respins ca nefondată contestația ..., iar aceasta nu a fost atacată cu plângere.

Cu privire la raportul procedurii și la decizia privind oferta contestatorului, entitatea contractantă arată că, potrivit celor consemnate în raportul procedurii nr. 26701/22.03.2018 (pag. 102-113/124) și în adresa nr. 26703/22.03.2018 de comunicare a rezultatului procedurii, aceasta a fost respinsă astfel:

- ca neadecvată, potrivit art. 180 alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 și inacceptabilă, potrivit art. 143 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 394/2016, pentru următoarele motive:

(i) clarificările/completările transmise de ofertant sunt neconcludente în raport cu cele solicitate prin clarificarea nr. 8/16.02.2018, transmisă de comisia de evaluare pentru a clarifica demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, în conformitate cu prevederile Instrucțiunii Nr. 2/2017 emisă de ANAP, iar completarea documentelor cu contractul „MS-SG&CS-YB-04 ...și ...-Reabilitarea Stațiilor de tratare a Apei (Proiectare și Execuție) nr. 1710/19.06.2013”, prezentat în detaliu în dispozitivul răspunsului la clarificare, ulterior datei de depunere a ofertelor, creează un avantaj evident ofertantului și nu poate fi acceptat.

(ii) răspunsul ..., în calitatea sa de Beneficiar final, sub semnătura reprezentantului legal al acesteia, directorul general Dumitru Adrian, a infirmat (nu a atestat) calitatea de Subcontractant declarat legal al ... în cadrul contractului de lucrări nr. 13508/02.05.2011 - CL 1 „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...”.

(iii) prezentarea contractului de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012, încheiat între ..., legal reprezentată de dl. ... și ..., reprezentată legal de dl. ..., fără confirmarea Beneficiarului final (...) asupra prezenței subcontractorului în șantier și a execuției lucrărilor și serviciilor indicate, nu este opozabilă modalității de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară. Un astfel de acord de subcontractare, care nu a fost supus aprobării Beneficiarului, conform Sub-Clauzei 4.4 din cadrul Condițiilor Generale din Contract, Tip FIDIC Galben, nu permite accesul subcontractorului în șantier, implicit nu puteau fi executate lucrările indicate, deci nici dobândirea experienței similare invocate.

(iv) lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 (cinci) ani prezentată, cuprinde o serie de informații false în raport cu înscrisurile emise de autoritățile contractante, beneficiare ale contractelor respective. În esență, fac referire la durata de execuție indicată pentru contractul „Extinderea și reabilitarea sistemului de captare și tratare a apei potabile din aglomerările ..., ..., ..., ...”, respectiv până la data de 14.01.2014, în condițiile în care în documentul constatator publicat în SEAP cu nr. 54888, emis de autoritatea contractantă S.C. ... pentru antreprenorul reprezentat de asocierea ... – ... – ... – ..., cu referire la modul de îndeplinire al contractului „Extinderea și reabilitarea sistemului de captare și tratare a apei potabile din aglomerările ..., ..., ..., ...”, la pct. 6 lit. b) se menționează: *„respectarea termenelor contractuale de executare lucrări: .... Lucrările din cadrul contractului au fost executate în totalitate la data de 18.08.2014”.*

(v) totodată, în cuprinsul aceleiași liste, pentru contractul „MS-SG&CS-YB-Q4 ...și ...-Reabilitarea Stațiilor de tratare a Apei (Proiectare

și Execuție) nr. 1710/19.06.2013”, încheiat cu ..., au fost furnizate informații false de derulare a contractului din 13.08.2013 până la data de 13.04.2016. Aceste informații false, prezentate cu bună știință de contestator, fiind confirmate de însuși înscrisurile transmise la răspunsul solicitării de clarificare nr. 8, prin care s-a prezentat procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor din 31.05.2017 însoțit de Anexa 2 (lucrări executate defectuos sau neexecutate) și având termen până la data de 31.08.2017. La data respectivă, contractul este în derulare, urmând Perioada de Notificare a Defectelor și Procesul-Verbal de Recepție Finală ce va fi emis cel mai devreme într-un an de la data recepției lucrărilor, respectiv 31.05.2018.

- ca neadecvată, potrivit art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, pentru următoarele motive:

(vii) în documentul constatator publicat în SEAP cu nr. 54888, emis de autoritatea contractantă S.C. ..., pentru antreprenorul reprezentat de asocierea ... – ..., cu referire la modul de îndeplinire al contractului „Extinderea și reabilitarea sistemului de captare și tratare a apei potabile din aglomerările ..., ..., ..., ...”, la pct. 6 lit. b) este menționat: *„respectarea termenelor contractuale de executare lucrări: contractul a fost prelungit cu 14 luni din motive obiective, neimputabile Contractorului. De asemenea, în cadrul contractului au fost executate lucrări care au fost finalizate după expirarea duratei de execuție a lucrărilor, respectiv după data de 30.01.2014, pentru care au fost aplicate penalități contractuale. Lucrările din cadrul contractului au fost executate în totalitate la data de 18.08.2014”*. Contractul de proiectare și execuție lucrări (parte integrantă a documentației de atribuire publicată în SEAP cu nr. anunț de participare 112201/01.12.2010), este guvernat de principiile tip FIDIC Galben și prevede răspunderea solidară a asociaților în relația cu Beneficiarul, în conformitate cu prevederile art. 1.14 din Condițiile Generale de Contract care stipulează: *„Dacă Antreprenorul constituie (potrivit prevederilor Legilor în vigoare) o asociere, un consorțiu sau o altă grupare de două sau mai multe persoane: [...] a) aceste persoane vor fi considerate ca având obligații comune și individuale față de Beneficiar pentru executarea Contractului; [...]”*. Din dispozitivul certificatului constatator, reiese o întârziere de aproape 7 (șapte) luni în respectarea unei obligații principale din contractul de achiziție publică, care a condus la plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile. Această întârziere, asumată de toți membrii asocierii (care constituie „Antreprenorul” și incubă răspundere individuală și comună), este consemnată în documentul constatator, fiind făcută precizarea că au fost aplicate penalități de întârziere. Potrivit prevederilor Codului Civil, art. 1530 - dreptul la daune interese și art. 1538 - clauza penală, daunele moratorii, în lumina actualelor reglementări instituite prin dispozițiile noului Cod Civil, sunt de două tipuri și anume: dobânda penalizatoare și penalitățile de întârziere.

(viii) în cadrul contractului de proiectare și execuție lucrări (parte integrantă a documentației de atribuire publicată în SEAP cu nr. anunț de participare 112201/01.12.2010), subzistă clauza penală cu referire la daunele moratorii, cuantumul penalităților de întârziere în executarea

contractului fiind prevăzut expres în contract, neaflându-ne în situația în care acest cuantum este stabilit prin lege (art. 1489 și art. 1535 NCC), aplicarea acestor penalități însemnând în subsidiar o consecință a nerespectării unei obligații principale din contractul de achiziție publică.

Cu privire la refuzul adoptării măsurii de remediere, entitatea contractantă arată că adresa nr. 31161/05.04.2018 nu trebuie motivată în sensul indicat de contestator, deoarece nu este act administrativ, ci rămâne o simplă operațiune administrativă în sensul art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, iar ca operațiune administrativă pregătitoare, un refuz de adoptare al unor măsuri de remediere conform art. 6 alin. (4) din același act normativ, nu poate fi anulat pentru lipsa motivării, urmând a fi supus cenzurii C.N.S.C. potrivit regulilor edictate în Legea nr. 101/2016.

Referitor la excepția lipsei interesului, entitatea contractantă susține că, în timp ce art. 33 alin. 1 NCPC prevede că interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual, Legea nr. 101/2016 circumscrie acest interes prin definiții legale, în cadrul alin. (1) art. 2, alin. (1) lit. f) și alin. (3) din art. 3, pe care le citează și evocă faptul că, din coroborarea acestora se desprinde concluzia că interesul nu mai este legitim dacă una din cele două condiții cumulative din art. 3 alin. 1 lit. f) nu mai este îndeplinită: fie excluderea notificată ofertantului interesat nu mai poate face obiectul unei căi de atac, fie ofertantul nu a suferit, nu suferă sau nu riscă să sufere un prejudiciu.

Entitatea contractantă consideră că ambele condiții nu sunt îndeplinite în circumstanțele cauzei, deoarece motivele (i), (ii) și (iii) de excludere, nu au format obiectul notificării prealabile nr. 352/27.03.2018, nu formează nici obiectul contestației, iar contestația nu mai poate fi modificată.

... evocă faptul că în jurisprudență s-a decis că motivele necuprinse în notificarea prealabilă nu pot fi invocate pentru prima dată în contestație (sentința nr. 19/CA/30.01.2018, Curtea de Apel Constanța), a fortiori motivele de excludere (i), (ii) și (iii) ce nu au format obiectul notificării prealabile și nu formează nici obiect al contestației configurează o excludere notificată ofertantului interesat ce nu mai poate face obiectul unei căi de atac. În egală măsură, în ceea ce privește motivele de excludere (i), (ii) și (iii) - ofertantul nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu deoarece un prejudiciu este înlăturat a priori de autoritatea de lucru judecat dată de decizia CNSC nr. 756/C7/774 din 22.03.2018 în privința obligației pentru entitatea contractantă de a obține (direct sau prin mijlocirea ofertantului) confirmarea beneficiarului final că ofertantul a avut calitatea de subcontractor, respectiv că în temeiul dispozițiilor legale aplicabile, orice informație falsă duce la respingerea ofertei care o conține conform art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la caracterul temeinic al motivelor de excludere (i), (ii) și (iii), entitatea contractantă evocă prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 și susține că, așa cum rezultă din cele expuse, pentru contractul de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012, încheiat între ..., legal reprezentată de dl. ... și ..., reprezentată legal de dl. ..., care să aibă ca efect dobândirea cerinței experienței similare, nu există

confirmarea beneficiarului final al contractului de lucrări „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...”:

- pentru partea de proiectare s-a cerut depunerea de extrase relevante ale contractului/ documente/ certificate (ex. procesul-verbal de aprobare a documentației, la nivel PT, de către Beneficiarul investiției) care să ateste faptul că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele legale în domeniu și ca au fost duse la bun sfârșit;

- pentru partea de execuție s-a cerut prezentarea de extrase relevante ale contractului/ documente/ certificate (ex. procesul-verbal de recepție finală /procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor.

Astfel, entitatea contractantă face precizarea că, în afară de faptul că, atât pentru proiectare, cât și pentru execuție ca Subantreprenor, contestatorul avea nevoie, în contractul evocat, de aprobarea prealabilă a Inginerului Contractului și a Beneficiarului, lipsa aprobării semnifică faptul că nu putea nici proiecta și nici executa vreo Lucrare în Șantier, pentru că nu avea dreptul de acces în conformitate cu Sub-Clauza 2.1 [Dreptul de Acces pe Șantier], iar dacă a acționat în baza contractului de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012 ca Subantreprenor nedeclarat, situația constituie o încălcare vădită a Contractului „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...”, ale cărui prevederi referitoare la Subantreprenori aveau ca scop, între altele, asigurarea că nu sunt încălcate ori fraudate regulile privind evitarea conflictului de interese prevăzute în art. 66-70 din O.U.G. nr. 34/2006.

În concluzie, în cazul în care contractul dintre beneficiar și antreprenor impunea aprobarea expresă a subantreprenorului, iar acesta din urmă afirmă experiența similară din contractul de subantrepriză, cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită prin prezentarea aprobării provenite de la beneficiar (direct sau prin Inginer) și, întrucât contestatorul a recunoscut că singurul contract pe care l-a indicat pentru experiența similară, este subantrepriza din contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...”, entitatea contractantă menționează că rezultă că sunt îndeplinite condițiile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

... solicită C.N.S.C. admiterea excepției lipsei calității de reprezentant și anularea contestației asocierii ... – ... – ... ca formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant, admiterea excepției lipsei de interes și respingerea contestației ca fiind lipsită de interes și nefondată.

Prin adresa nr. 494/30.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 17267/02.05.2018, ... transmite răspunsul său la punctul de vedere formulat de entitatea contractantă, în care face următoarele aprecieri:

I. Respingerea excepției lipsei calității de reprezentant și respectiv cererea de anulare a contestației ca fiind formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant.

Contestatorul arată că entitatea contractantă motivează această excepție pornind de la faptul că exemplarul de contestație care i-a fost comunicat nu este însoțit de o împuternicire avocațială, deși notificarea prealabilă nr. 172/19.02.2018 era însoțită de o împuternicire avocațială și, întrucât la dosarul Consiliului se regăsește împuternicirea avocațială în original, ce face dovada mandatului semnatarului contestației, solicită respingerea acestei excepții.

În ceea ce privește susținerea entității contractante potrivit căreia ar fi trebuit să primească o asemenea împuternicire, contestatorul precizează că, spre deosebire de procedura prealabilă în care autoritatea contractantă era destinatarul cererii formulate și drept urmare, era îndreptățită la primirea unei împuterniciri avocațiale care să dovedească mandatul semnatarului procedurii prealabile, în prezenta etapă procesuală, destinatarul contestației este Consiliul, care a primit împuternicirea în original, entitatea contractantă fiind doar parte, pentru care nu există obligația emiterii unei împuterniciri avocațiale separate ori obligația comunicării vreunei copii. Reprezentarea părții se face în cadrul dosarului, iar destinatarul jurisdicțional al actelor nu poate fi decât Consiliul.

Drept urmare, contestatorul solicită respingerea excepției formulată și, respectiv cererea de anulare a contestației.

II. Respingerea excepția lipsei de interes în formularea și susținerea contestației.

Contestatorul face precizarea că interesul în promovarea unei acțiuni, așa cum este de definit în literatura de specialitate, reprezintă folosul practic pe care persoana îl urmărește prin punerea în mișcare a procedurii judiciare. Interesul trebuie să fie așadar, legitim - adică să nu vină în conflict cu legea, personal - adică să vizeze persoana care recurge la forma procedurală utilizată, născut și actual - în sensul evitării de către parte prin demersul întreprins la expunerea la un prejudiciu. Prejudiciul poate fi existent (deja produs), dar și viitor, adică un prejudiciu care poate fi produs părții interesate ca efect al actului contestat.

În continuare, ... susține că același sens sunt și prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, pe care îl citează și consideră că demersul său vizează evitarea riscului de a suferi un prejudiciu cauzat de actul emis de entitatea contractantă - raportul procedurii publicat în SEAP - respectiv acela de a fi reținute în alte proceduri de achiziție publică viitoare argumentele invocate prin decizia de excludere contestată - respectiv faptul că ar fi în situația neîndeplinirii în mod culpabil a obiectului unui contract, realizarea de lucrări ce prezintă neconformități majore (referirile la contractul cu ... Călărași) sau reținerea unei notări în registrul comerțului referitoare la condamnarea domnului ... - ca motiv de excludere.

Or, această argumentație a deciziei de excludere a contestatorului din prezenta procedură de atribuire, publicată în SEAP, fiind conținută în cuprinsul unui act administrativ, este de natură a crea prejudicii

acestuia, în contextul în care astfel de argumente (vădit netemeinice) în cazul necontestării, ar putea fi folosite ca argumente de natură a conduce la excluderi ale sale din proceduri ulterioare de achiziție publică.

Astfel, contestatorul menționează că apare, mai mult decât evident, interesul său în formularea contestației, neputând a fi reținut faptul că interesul în formularea unei contestații în privința unei decizii a autorității contractante de excludere a unui ofertant ar consta exclusiv în posibilitatea pentru contestator de a câștiga respectiva procedură. O astfel de interpretare ar goli de conținut prevederea legală referitoare chiar la condițiile pentru formularea unei contestații în procedura de achiziție publică referitoare la evitarea de către acesta a prejudiciului ce este o consecință a actului emis de autoritatea contractantă.

În privința susținerilor entității contractante referitoare la neîndeplinirea condiției prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) pct. i) din perspectiva dispozițiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, contestatorul apreciază că sunt nefondate, raportat la următoarele considerente:

- așa cum rezultă din prevederea legală mai sus redată, condiția excluderii definitive a ofertantului se analizează la data formulării contestației;

- astfel, un ofertant ce a fost exclus dintr-o procedură de achiziție și fie acea decizie a fost considerată legală și temeinică în urma soluționării contestației, fie nu a fost contestată (nemaiputând face obiectul contestației având această semnificație), nu poate formula o contestație împotriva unui act al autorității contractante emis ulterior rămânerii definitive a deciziei de excludere, neputând justifica un interes.

Or, în prezenta cauză, obiectul contestației îl reprezintă chiar decizia de excludere a contestatorului din procedura de atribuire, astfel încât în mod evident, este îndeplinită condiția mai sus enunțată, la data formulării contestației, ... nefiind un ofertant exclus definitiv din procedură.

Drept urmare, contestatorul solicită C.N.S.C. respingerea excepției ca nefondată.

III. În ceea ce privește obligativitatea motivării actului nr. 31161/05.04.2018 de răspuns la notificarea prealabilă de luare de măsuri de remediere, deoarece actul emis nu ar fi unul administrativ, ci o simplă operațiune administrativă, contestatorul face următoarele aprecieri:

- în primul rând, nici nu este necesar să se facă o calificare a răspunsului său (act administrativ sau operațiune premergătoare), deoarece principiile comunitare impun ca orice act emis de autoritățile publice sau persoanele asimilate acestora, să fie motivat și, în acest sens, se citează din decizia nr. 1580/2008 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, care face trimitere la jurisprudența comunitară. De asemenea, Curtea citează din prevederile art. 31 alin. (2) din Constituție, potrivit cărora, autoritățile publice au obligația de a asigura informarea corectă asupra treburilor publice și asupra problemelor de interes personal.

În condițiile în care, prin refuzul de a se adopta măsuri de remediere, contestatorului i se vatămă drepturile și interesele din procedura de atribuire, devine evident că un asemenea act nu poate fi emis de către entitatea contractantă fără motivare.

- în al doilea rând, răspunsul entității contractante la solicitarea de măsuri de remediere nu poate fi o simplă operațiune administrativă prealabilă, deoarece acesta este actul final pe care îl emite față de solicitarea de măsuri de remediere, neexistând un alt act față de care acest răspuns să aibă caracter prealabil ori de măsură pregătitoare.

IV. Pe fondul cauzei, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că, în dovedirea celor arătate la punctul III din contestație, anexează adresa nr. 996/09.04.2014 emisă de S.C. ..., prin care i se solicită plata penalităților în valoare totală cumulată de 38.469,52 lei și, față de valoarea contractului de 21.361.861,71 lei fără TVA, penalitatea are o valoare de 38.469,52 / 21.361.861,71 = 0,18%.

Contestatorul susține faptul că aceasta nu poate fi considerată o abatere gravă, mai ales în contextul în care practica invocată de acesta nu consideră abatere gravă nici neexecutarea a 15% din obiectul contractului.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea excepțiilor invocate de entitatea contractantă.

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

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „Sursă de apă și stație tratare ...”, coduri CPV 45232430-5 Stații de tratare a apei (Rev.2), 45232150-8 Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), 45262220-9 Forare de puțuri de apă (Rev.2) și 71322000-1 Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 4.619.044 lei, fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 1, înregistrat cu nr. 93159/30.10.2017, s-a consemnat faptul că cinci operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind asocierea ... – ... – ..., contestatorul din prezenta cauză.

Prin adresa nr. 26703/22.04.2018, autoritatea contractantă transmite asocierii ... – ... – ... comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, aducându-i la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... a transmis ... notificarea prealabilă nr. 352/27.03.2018, la care, aceasta a răspuns prin adresa nr. 31161/05.04.2018, precizând că nu adoptă măsuri de remediere.

Consiliul are în vedere că în prezenta procedură de atribuire a mai fost pronunțată Decizia nr. 756/C7/774/22.03.2018, prin care contestația nr. 232/02.03.2018 formulată de către același contestator

împotriva adresei entității contractante nr. 15141/16.02.2018, de solicitare de clarificări nr. 8, a fost respinsă ca nefondată, iar prin prezenta cauză, urmând a fi soluționată contestația împotriva adresei nr. 26703/22.03.2018, privind comunicarea rezultatului procedurii.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. 756/C7/774/22.03.2018, pronunțată anterior în cadrul procedurii de atribuire, nu a fost formulată plângere de către ofertantul ...

Procedând la soluționarea contestației nr. 411/10.04.2018 formulate de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției lipsei calității de reprezentant, invocată de entitatea contractantă și, pe cale de consecință, anularea contestației ca formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant, precum și a excepției lipsei de interes a contestatorului în promovarea contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Prin urmare, potrivit rolului activ al Consiliului, acesta trebuie să verifice dacă a fost legal învestit cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze înainte de toate excepțiile–de procedură și de fond – care, în situația admiterii acestora, fac inutilă cercetarea pe fond a contestației.

Excepția lipsei calității de reprezentant, invocată de entitatea contractantă, urmează a fi respinsă de către Consiliu, constatându-se faptul că susținerile entității contractante sunt neîntemeiate în condițiile în care se constată că respectiva contestație, transmisă la C.N.S.C., este însoțită de împuternicirea avocațială nr. ... a Cabinetului de avocat ..., iar contestația este semnată de acest avocat. Prin aceasta, se constată că sunt respectate regulile specifice, enunțate în Legea nr. 101/2016, privind elementele contestației [art. 10 lit. a) și h)], coroborate cu cele privind reprezentarea părților [art. 21 alin. (2): *„Părțile pot fi reprezentate de avocați…"].*

În același timp, având în vedere că Legea nr. 101/2016 nu conține o precizare distinctă că dovada reprezentării trebuie comunicată și părții adverse (autorității contractante, în acest caz), pentru validarea oricărui demers juridic opozabil, Consiliul consideră că analiza existenței acestei calități aparține doar organismului administrativ-jurisdicțional (fie din oficiu, fie la cerere). Or, în cauză, se constată existența dovezii de reprezentare convențională a contestatorului, ceea ce conduce la constatarea caracterului neîntemeiat al excepției invocate.

În consecință, pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul respinge excepția invocată de entitatea contractantă.

Față de excepția lipsei de interes a contestatorului în formularea contestației, Consiliul are în vedere faptul că trimiterile entității

contractante, la prevederile art. 33 din Legea nr. 134/2010 și art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, sunt motivate de faptul că, asocierea contestatoare nu a criticat toate motivele de respingere, nici cu ocazia formulării notificării prealabile și nici prin contestația ce face obiectul prezentei cauze, Consiliul are în vedere că motivele de respingere ale ofertei prezentate de Asocierea ... – ... – ..., așa cum au fost prezentate în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 26703/22.03.2018, sunt reprezentate de faptul că, pe de o parte, ofertantul în cauză a furnizat informații false cu privire la modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, apreciindu-se că nu este îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară (fiind invocate de către entitatea contractantă prevederile art. 180 alin. (1) lit. h), coroborat cu cele ale art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, precum și cele ale art. 143 lit. b) din H.G. nr. 394/2016), iar, pe de altă parte, faptul că asocierea în cauză şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice încheiat anterior, fiind invocată incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Prin urmare, Consiliul va analiza interesul asocierii contestatoare doar prin raportare la motivele de respingere invocate de entitatea contractantă în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii și constată că atât prin notificarea prealabilă, cât și prin contestația formulată a fost criticată decizia comisiei de evaluare, atât cu privire la modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similar cât și cu privire la incidența situațiilor de excludere prevăzute la art. 177, 178 şi 180 din Legea nr. 199/2016.

În ceea ce privește susținerile entității contractante exprimate în cuprinsul punctului de vedere nr. 16107/20.04.2018 potrivit cărora *„motivele (i), (ii) şi (iii) de excludere nu au format obiectul notificării prealabile nr. 352/27.03.2016, nu formează nici obiectul contestaţiei”*, Consiliul reține că aceasta a avut în vedere precizările din cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii potrivit cărora *„Clarificările/completările transmise de ofertant sunt neconcludente în raport cu cele solicitate prin Clarificarea 8/16.02.2018, transmisă de comisia de evaluare pentru a clarifica demonstrarea îndeplinirii cerinţei privind experienţa similară, în conformitate cu prevederile Instrucţiunii Nr. 2/2017 emisă de Agenţia Naţională de Achiziţii Publice (ANAP); Completarea documentelor cu contractul "MS- SG&CS-YB-04 ...şi ...-Reabilitarea Staţiilor de tratare a Apei (Proiectare şi Execuţie) nr 1710/19.06.2013", prezentat în detaliu în dispozitivul răspunsului la clarificare, ulterior datei de depunere a ofertelor crează un avantaj evident ofertantului şi nu poate fi acceptată.*

- Adresa ..., în calitatea sa de Beneficiar final, sub semnătura reprezentantului legal al acesteia, directorul general ..., a infirmat (nu a atestat) calitatea de subcontractant în cadrul contractului de lucrări nr. 13508/02.05.2011 - CL 1 "Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." a companiei ...

- Prezentarea contractului de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012, încheiat între ..., legal reprezentată de dl. ... şi ..., reprezentată legal de dl. Dl. ..., fără o confirmare a Beneficiarului final asupra prezenţei

subcontractorului în şantier şi a execuţiei lucrărilor şi serviciilor indicate, nu este opozabilă modalităţii de îndeplinire a cerinţei de calificare privind experienţa similară. Un astfel de acord de subcontractare, care nu a fost supus aprobării Beneficiarului, conform art 4.4 din cadrul Condiţiilor Generale din Contract, nu permite accesul subcontractorului în şantier, implicit nu poate executa lucrările indicate, deci nici dobândirea experienţei similare invocate" și constată că, în fapt, acestea reprezintă considerentele în baza cărora se întemeiază decizia de respingere a ofertei prezentate de asocierea ... – ... – ... pentru primul motiv de respingere, reprezentat de faptul că acest ofertant a furnizat informații false cu privire la modul de îndeplinire a criteriilor de calificare și că nu este îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere că deși entitatea contractantă a precizat că „*Clarificările/completările transmise de ofertant sunt neconcludente în raport cu cele solicitate prin Clarificarea 8/16.02.2018*", în fapt entitatea contractantă nu a declarat respectiva ofertă ca fiind inacceptabilă în baza prevederilor art. 140 alin. (4) din Legea nr. 199/2016 care dispun că „*În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condiţiile art. 221 din Lege, clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă*", ci în baza prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din același act normativ, potrivit cărora „*oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: (…) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerinţele stabilite de entitatea contractantă*".

Într-o atare situație, Consiliul constată caracterul nefondat al susținerilor entității contractante referitoare la faptul că decizia de excludere a rămas definitivă întrucât nu au fost criticate toate motivele de respingere ale ofertei prezentate de asocierea contestatoare.

În aceste condiții, în soluționarea excepției, Consiliul se va raporta la prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, potrivit cărora „*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi", la cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din același act normativ unde, termenul de persoană vătămată este definit ca fiind „orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă

efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire", respectiv se arată că „În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".

Astfel, raportat la prevederile legale anterior precizate, Consiliul constată că asocierea ... – ... – ... are interes în prezenta procedură de atribuire întrucât a depus ofertă în cadrul acesteia iar excluderea acestui ofertant nu este definitivă, declararea ofertei sale ca neadecvată și inacceptabilă face obiectul prezentei contestații, pentru care Consiliul nu s-a pronunțat, astfel că aceste aspecte pot face obiectul unei căi de atac.

În raport de cele precizate anterior, Consiliul respinge excepția lipsei de interes în formularea contestației ..., invocată de entitatea contractantă.

Pentru toate aceste considerente, Consiliul respinge excepțiile invocate de către entitatea contractantă, urmând a proceda la soluționarea, pe fond, a cauzei.

Analizând pe fond criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de asocierea ... – ... – ...

Astfel, în ceea ce privește primul motiv de respingere, reprezentat de faptul că asocierea contestatoare nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară și a furnizat informații false cu privire la modul de îndeplinire a acestei cerințe, Consiliul reține că în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională", este prevăzut că „*Operatorii economici ofertanți trebuie să facă dovada că în ultimii 5 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei au realizat un sistem de alimentare cu apă care să includă minim 3 (trei) puțuri forate, cu un debit minim pe foraj de Qforaj=10m3/h, putându-se demonstra îndeplinirea cerinței și distinct pentru componenta de proiectare, respectiv execuție.*

Nota:

1. Numărul de ani solicitați în vederea demonstrării experienței similare se vor calcula prin raportare la data limită de depunere a ofertelor. Modul de calcul al perioadei indicate mai sus (ultimii 5 ani, impliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertelor) nu va fi afectat de eventuale decalări ale termenului de depunere a ofertelor", iar ca modalitate de îndeplinire este prevăzut că „*Cerința se consideră îndeplinită prin prezentarea unui contract de proiectare și execuție sau prin prezentarea a două contracte distincte, unul de proiectare și unul de executie.*

Se va completa DUAE de către operatorii participanți la procedură cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc.
Aceste documente sunt:
Pentru contractele de lucrări:
- extrase relevante ale contractului/ documente/ certificate (ex. procesul-verbal de recepție finală / procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor.
Pentru contractele de servicii de proiectare:
- extrase relevante ale contractului/ documente/ certificate (ex. procesul-verbal de aprobare a documentației, la nivel PT, de către Beneficiarul investiției) care să ateste faptul că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit".

Astfel, Consiliul constată că în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, entitatea contractantă a stabilit obligația ofertanților de a prezenta un contract de proiectare și execuție sau două contracte distincte, unul de proiectare și unul de executie, fiind indicate, cu titlu exemplificativ, între documentele ce atestă experiența similară, documente emise de beneficiarul investiției.

Consiliul reține că în cuprinsul DUAE, la secțiunea C: „Capacitatea tehnică și profesională", asocierea ... – ... – ... a precizat că cerința privind experiența similară este îndeplinită prin prezentarea contractului de proiectare și execuție nr. S-06/23.05.2012 având ca obiect „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ... (execuție foraje noi, reabilitare foraje, reabilitare stație de clorinare) ce cuprinde și execuția a trei puțuri forate noi, cu un debit mai mare de 10 mc/h, cu perioada de desfășurare 23.05.2012 – 24.10.2014, în valoare de 2.248.088 lei, beneficiar fiind ...

Se reține în soluționare că, urmare a faptului că asocierea în cauză s-a clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire, comisia de evaluare a solicitat prezentarea documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare, în conformitate cu prevederile art. 138 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016 și, în urma analizării acestora, s-a constatat că, în fapt, în cadrul contractului indicat în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, ... a avut calitatea de subcontractant al ..., iar beneficiarul investiției a fost ...

Astfel, se constată că, în evaluarea ofertelor, entitatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, care stipulează că „*Cerinţa*

referitoare la experienţa similară se consideră îndeplinită: (...) b) în situaţia în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experienţă, a realizat lucrări/activităţi în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experienţă similară pentru un antreprenor general, cu condiţia ca respectivele lucrări/activităţi să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor" și, prin adresa nr. 15141/16.02.2018, a solicitat ofertantului în cauză să prezinte documente emise de ... - Beneficiarul investiţiei, care să ateste calitatea de subcontractor a ... în cadrul contractului indicat în vederea demonstrării experienței similare.

Se reține că asupra legalității adresei de solicitare de clarificări nr. 15141/16.02.2018, C.N.S.C. s-a pronunțat prin decizia nr. 756/C7/774 din 22.03.2018, în cuprinsul căreia a precizat că „*se impun aceste solicitări de clarificări cu ofertantul în cauză, fiind necesară lămurirea cu privire la lucrările executate în cadrul contractului prezentat ca experiență similară și calitatea avută de acesta, fiind incidente în cauză prevederile art. 205 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, care prevăd obligația entității contractante de a solicita prezentarea de documente justificative actualizate prin care ofertantul să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE*", respectiv „*solicitarea nu excede prevederilor fișei de date a achiziției, constatându-se mențiunea din fișă conform căreia, în cazul experienței similare pentru prestarea serviciilor de proiectare, au fost indicate, cu titlu exemplificativ, drept dovezi ale ofertanților, documente emise de beneficiarul investiției*".

Consiliul reține că asocierea ... – ... – ... a răspuns prin adresa nr. 132/19.02.2018, înregistrată la ... cu nr. 16183/19.02.2018, în cuprinsul căreia a precizat următoarele: „*Având in vedere sancţiunea care ar interveni în cazul în care nu am răspunde solicitării dvs. de clarificări arătăm totodată următoarele:*

1. Documentele prezentate de noi drept experienţă similară privesc un contract al cărui ultim efect s-a produs la data de 10.02.2017, data recepţiei finale a lucrării, contract încetat astfel la aceeaşi dată de 10.02.2017.

Nici la data de 10.02.2017 şi nici înainte de această dată subscrisa nu am fost în ipostaza de a solicita autorităţii contractante emiterea unui atestat în sensul prevederilor art. 14 alineat 3 litera b) din Instrucţiune deoarece un asemenea document nu era necesar conform legislaţiei momentului.

Instrucţiunea 2/2017 a fost publicată în Monitorul Oficial la data de 27.04.2017.

Drept urmare, în prezent nu ni se poate solicita un astfel de document pentru experienţa similară rezultată dintr-un contract încetat înainte de intrarea în vigoare a actului normativ invocat de către dvs.

2. În măsura în care apreciaţi că documentele depuse de noi privind executarea contractului "Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." nu sunt suficiente pentru dovedirea experienţei similare a subscrisei, vă solicităm să aveţi în vedere faptul că în Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani am enumerat și lucrarea

„MS-SG&CS-YB-04 ...și ... - Reabilitarea Statiilor de Tratare a Apei" (Proiectare și execuţie).

Lucrarea executată pentru ... este una de o complexitate mult mai mare deoarece a inclus reabilitarea a două stații de tratare fiecare stație având următoarea filiera de tratare a apei: preoxidare cu dioxid de clor, predecantare, coagulare, floculare, decantare in decantor lamelar, filtrare pe nisip, tratare cu ozon, filtrare pe CAG, dezinfectie cu clor. Componentele investitiei sunt prezentate detaliat în extrasul din Cerinţele beneficiarului și în anexele A4 și B4 la Procesul verbal de recepţie la terminarea lucrărilor ataşate prezentei.

Date fiind prevederile art. 221 din Legea 99/2016, cele expuse mai sus (precum și cele detaliate prin notificarea 164/16.02.2018) cu privire la inaplicabilitatea prevederilor Instrucţiunii 2/2017 în cazul subscrisei, precum și principiul proporţionalităţii, înţelegem să depunem alăturat, în dovedirea experienţei similare, și documente din care rezultă executarea lucrării „MS-SG&CS-YB-04 ...și ... - Reabilitarea Stațiilor de Tratare a Apei", respectiv:

- *Acordul Contractual nr. 1710/MS-SG&CS-YB-04/19.06.2013;*
- *Cerinţele Autorității Contractante - Cerinţe specifice proiectului;*
- *Procesul verbal de recepţie la terminarea lucrărilor nr. 209808/31.05.2017*".

Se reține că în urma analizării răspunsului formulat de către asocierea ... – ... – ..., comisia de evaluare a constatat că ofertantul în cauză nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară și că acesta a furnizat informații false cu privire la îndeplinirea acestei cerințe precum și faptul că sunt incidente situațiile de excludere din procedura de atribuire, prevăzute la art. 177, 178 şi 180 din Legea nr. 199/2016.

Analizând modul în care entitatea contractantă a evaluat oferta prezentată de asocierea ... – ... – ..., prin raportare la prevederile aplicabile în materia achizițiilor publice, la prevederile documentației de atribuire și la susținerile părților, Consiliul constată că, în mod întemeiat, comisia de evaluare a procedat la respingerea ofertei prezentate de acest ofertant, având în vedere considerentele ce vor fi prezentate în cele ce urmează:

Astfel, analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul are în vedere că în etapa de verificare a documentelor prezentate de asocierea ... – ... – ... în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare, entitatea contractantă a descărcat din SEAP documentația de atribuire aferentă anunțului de participare (sectoriale) nr. ..., ce a stat la baza atribuirii contractului având ca obiect *„Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..."*, prezentat de acest ofertant ca experiență similară și a constatat că data atribuirii contractului respectiv a fost 02.05.2012, iar valoarea declarată în contractul de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012 depășea procentul de 1% din valoarea contractului, valoare peste care se impunea aprobarea prealabilă a autorității contractante și a inginerului contractului, motiv pentru care prin adresa nr. 13875/12.02.2018, a solicitat ... să comunice dacă ... (actual ...) a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de

Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii].

Mai mult, se are în vedere că, întrucât ... a arătat în răspunsul nr. 8045/14.02.2018, înregistrat la ... cu nr. 14674/14.02.2018, că ... (actual ...) *„nu a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii]”*, a fost emisă solicitarea de clarificări nr. 15141/16.02.2018, în vederea confirmării de către beneficiarul investiției a calității de subcontractor pentru ... (actual ...) în contractul prezentat ca experiență similară, totodată fiind invocate prevederile art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice.

Se reține că prevederile din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 stabilesc obligația entităților contractante ca, în cazul în care ofertanții care au prezentat ca experiență similară contracte în care au avut calitatea de subcontractor, să obțină atestarea de către beneficiarul final a faptului că respectivii ofertanți au avut calitatea de subcontractori.

Prin urmare, Consiliul constată că prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 reprezintă temeiul în baza căruia a fost formulată solicitarea de clarificări de către entitatea contractantă și nu temeiul care a stat la baza emiterii documentelor solicitate prin aceasta cum, în mod eronat, susține asocierea contestatoare în cuprinsul răspunsului formulat prin adresa nr. 132/19.02.2018 unde precizează că *„Instrucţiunea 2/2017 a fost publicată în Monitorul Oficial la data de 27.04.2017. Drept urmare, în prezent nu ni se poate solicita un astfel de document pentru experienţa similară rezultată dintr-un contract încetat înainte de intrarea în vigoare a actului normativ invocat de către dvs.”*.

În acest context, Consiliul constată că în condițiile în care asocierea ... – ... – ... nu a prezentat documente emise de ..., care să ateste calitatea de subcontractor a ... (actual ...) în cadrul contractului indicat în vederea demonstrării experienței similare, așa cum s-a solicitat prin adresa nr. 15141/16.02.2018, în mod întemeiat, entitatea contractantă a apreciat că nu poate considera îndeplinită respectiva cerință de calificare.

De asemenea, Consiliul are în vedere că, în mod corect, comisia de evaluare nu a luat în considerare precizările asocierii contestatoare din cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 132/19.02.2018 potrivit cărora *„În măsura în care apreciaţi că documentele depuse de noi privind executarea contractului "Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." nu sunt suficiente pentru dovedirea experienţei similare a subscrisei, vă solicităm să aveţi în vedere faptul că în Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani am enumerat și lucrarea „MS-SG&CS-YB-04 ...și ... - Reabilitarea Statiilor de Tratare a Apei" (Proiectare și execuţie)”*, întrucât în cuprinsul DUAE s-a indicat că cerința privind experiența similară va fi îndeplinită prin contractul de proiectare și execuție nr. S-06/23.05.2012 având ca obiect „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ...”, iar în perioada de evaluare, la solicitarea entității contractante, se impuneau a fi prezentate documente justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, în conformitate cu prevederile art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și

nu completarea informațiilor prezentate inițial prin indicarea unui alt contract de proiectare și execuție în vederea îndeplinirii cerinței de calificare în discuție.

Sub acest aspect, Consiliul constată că dacă entitatea contractantă ar fi luat în considerare precizările făcute de asocierea ... – ... – ... în răspunsul la solicitarea de clarificări, ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea acestui ofertant, situație ce ar fi condus la încălcarea prevederilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora *„Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*".

Prin urmare, Consiliul constată că, în măsura în care asocierea ... – ... – ... nu a prezentat documente emise de beneficiarul investiției ce a făcut obiectul contractului de proiectare și execuție *"Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..."* care să ateste calitatea de subcontractant a ..., în mod corect, comisia de evaluare a stabilit incidența prevederilor art. 143 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 potrivit cărora *„oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:*

(…)

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerinţele stabilite de entitatea contractantă".

De asemenea, Consiliul are în vedere că, în măsura în care asocierea contestatoare a declarat în cuprinsul DUAE că beneficiarul contractului prezentat ca experiență similară este .... și nu ..., și nu a prezentat documentele justificative solicitate de entitatea contractantă, în mod corect, comisia de evaluare a precizat că sunt incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (…) h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea entităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate*".

Acestea fiind, Consiliul constată că primul motiv de respingere a ofertei prezentate de asocierea ... – ... – ..., așa cum acestea au fost indicate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, este întemeiat, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate sub acest aspect.

Prin urmare, constatând că unul dintre motivele de respingere a ofertei asocierii contestatoare s-a dovedit a fi întemeiat, Consiliul nu va proceda la analiza temeiniciei celui de-al doilea motiv de respingere întrucât, indiferent de rezultatul unui asemenea demers, caracterul inacceptabil al ofertei prezentate de asocierea ... – ... – ... nu poate fi înlăturat.

În ceea ce privește faptul că entitatea contractantă nu a motivat în fapt și în drept răspunsul la notificarea prealabilă formulată de asocierea

contestatoare, Consiliul are în vedere că prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, modificată, impun persoanelor ce se consideră vătămate de un act emis de entitatea contractantă ca, înainte de a se adresa C.N.S.C., să parcurgă o procedură prealabilă prin care solicită adoptarea unor măsuri de remediere.

În măsura în care, în urma derulării acestei proceduri prealabile, nu sunt adoptate măsurile de remediere solicitate, persoana vătămată se poate adresa C.N.S.C. dar obiectul contestației rămâne anularea actului vătămător emis de autoritatea contractantă, în cazul de față raportul procedurii și actele subsecvente acestuia.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere că prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, modificată, permit formularea unei contestații și în condițiile în care entitatea contractantă nu a formulat un răspuns la notificarea prealabilă, ceea ce se atacă fiind actul emis de entitatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție publică și nu răspunsul la notificarea prealabilă care, în situația descrisă, este inexistent.

Consiliul reține că în acest sens s-au pronunțat și instanțele de judecată, relevante sub acest aspect fiind considerentele Deciziei Civile nr. 101/2017 emisă de Curtea de Apel Cluj potrivit cărora *„Obiectul contestației este întotdeauna același și anume anularea actului vătămător care, în ipoteza unui răspuns nefavorabil în această procedură prealabilă sau în ipoteza lipsei unui răspuns, este actul emis de autoritatea contractantă, în speță raportul procedurii de achiziție publică. Doar în ipoteza în care vătămarea drepturilor s-a produs prin măsurile de remediere adoptate în urma notificării prealabile, ceea ce se atacă este această măsură de remediere, dar și în această ipoteză – care însă nu este prezentă în speță – se menține regula că ceea ce se atacă este actul care vatămă efectiv drepturile sau interesele legitime ale contestatorului.*

În consecință, în mod legal, obiectul contestației formulate în cauză și apoi al plângerii îl constituie doar raportul procedurii de achiziție publică, act prin care contestatoarea a fost prejudiciată respectiv oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă”.

În situația de față, Consiliul are în vedere că entitatea contractantă a răspuns la notificarea prealabilă prin adresa nr. 31161/05.04.2018 , în cuprinsul căreia s-a precizat, fără echivoc, faptul că aceasta nu intenționează să adopte măsuri de remediere, fiind precizat și temeiul de drept în baza căruia a fost emisă, respectiv art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, modificată.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de asocierea ... – ... – ... cu privire la conținutul răspunsului la notificarea prealabilă, transmis de entitatea contractantă prin adresa nr. 31161/05.04.2018

În contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, modificată, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea ... – ... – ..., în contradictoriu cu ....

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile lipsei calității de reprezentant și lipsei de interes în formularea contestației de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., invocate de către entitatea contractantă ....

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 29 (douăzecișinouă) pagini.