

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: 24.05.2023

Prin contestația nr. 815/04.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 24553/08.05.2023, formulată de către .../ .../... prin ..., în calitate de lider de asociere, cu sediul în ..., având CUI RO ..., înregistrată la registrul comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de ... – administrator, împotriva raportului procedurii nr. 46451/ 28.04.2023, respectiv a comunicării rezultatului procedurii nr. 46457/ 28.04.2023, în cadrul procedurii de achiziție publică organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, privind atribuirea contractului având ca obiect „*Lucrări de reparații și întrețineri străzi, alei, trotuare, parcuri și drumuri aparținătoare ...*”, cod CPV 45233142-6 Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2), (anunț de participare nr. .../ 06.10.2022), s-au solicitat Consiliului următoarele:

În principal:

- *anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 46451/28.04.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării rezultatului procedurii nr. 46457/28.04.2023;*

- *obligarea autorității contractante ... la reevaluarea ofertelor în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire și a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice, depuse de ofertanții: ... și Asocierea ... - ...;*

- *obligarea autorității contractante la excluderea/respingerea ofertei depusă de ofertantul ... cu aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.*

În subsidiar:

- *anularea, în partea a raportului procedurii nr. 46451/28.04.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării rezultatului procedurii nr. 46457/28.04.2023;*

- *obligarea autorității contractante ... la reevaluarea ofertelor în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire și a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice, depuse de ofertanții: ... și Asocierea ... - ...;*

- obligarea autorității contractante ... să declare ca fiind inacceptabile ofertele depuse de ofertanții ... și Asocierea ... - ..., cu aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

- În temeiul art. 21 alin. (2) teza a II-a, ... solicită depunerea concluziilor orale.

Prin cererea de intervenție fără număr de înregistrare la emitent, datată 17.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 26549/17.05.2023, formulată de către societatea ... cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., cod fiscal RO ..., reprezentată convențional prin avocat ..., s-au solicitat următoarele:

- admiterea, în principiu a cererii de intervenție formulată de ...;

Pe cale de excepție:

- respingerea contestației (i) ca fiind tardiv formulată și (ii) având în vedere incidența autorității de lucru judecat;

Pe fondul cauzei:

- respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de ... - ...
- ..., respectiv admiterea cererii de intervenție formulată de ... și, pe cale de consecință, menținerea actelor autorității contractante, în ce privește declararea ca fiind admisibilă și câștigătoare a ofertei ..., ca temeinice și legale.

Prin cererea de intervenție nr. 298/18.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 26977/18.05.2023, formulată de către ..., reprezentând liderul asocierii ... - ... cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., cod fiscal ..., reprezentată legal prin ... - director general, s-au solicitat următoarele:

- Încuviințarea, în principiu a cererii de intervenție în interes propriu;

În subsidiar:

- În situația în care Consiliul va aprecia, ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, să admită cererea de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă;

Pe cale de excepție:

- Respingerea contestației, ca fiind tardivă, respectiv pentru autoritatea de lucru judecat, având în vedere Hotărârea Civilă nr. ... din data de 26.04.2023, pronunțată de Curtea de ... în dosarul nr. ..., iar pe fondul cauzei, respingerea contestației, ca fiind nefondată cu consecința menținerii, ca fiind temeinică și legală a deciziei autorității contractante, respectiv aceea prin care oferta asocierii ... - ... a fost declarată admisibilă.

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

În luarea deciziei asupra
cauzelor de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația nr. 815/04.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 24553/08.05.2023, .../.../... prin ..., în calitate de lider de asociere, arată că din analizarea raportului procedurii nr. 46451/28.04.2023 rezultă că ofertele depuse de ofertanții SC ... și Asocierea SC ... (lider de asociere) - ... au fost declarate admisibile și conforme, cu încălcarea prevederilor documentației de atribuire, dar și a legislației în vigoare.

În principal, contestatoarea subliniază că, începând cu data de 14.09.2021, pentru o perioadă de 3 ani, SC ... se află în situația vădită de excludere din procedurile de licitație publică, întrucât, conform documentelor constatatoare nr. 2599 și nr. 2600, încărcate pe site-ul oficial dedicat licitațiilor publice, pe numele acestei societăți, parte a grupului ..., au fost emise documente constatatoare negative, iar autoritatea contractantă ..., era obligată să excludă oferta depusă de SC ..., în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

De asemenea, ... invocă art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, în ceea ce privește regimul documentelor constatatoare, contestatoarea invocă și redă dispozițiile art. 166 alin. (1), (5) și (8) din HG nr. 395/2016.

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

În acest sens, subliniază că, atâta timp cât efectele juridice ale documentelor constatatoare în cauză nu au fost suspendate de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, acestea produc efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Prin urmare, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ, motiv pentru care documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600 emise de CNAIR-DRDP Craiova la data de 14.09.2021, se bucură în continuare de prezumția de legalitate și produc efecte juridice, intrând în circuitul civil.

În opinia sa, potrivit datelor existente pe portalul oficial www.portal.just.ro, documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600, emise de CNAIR-DRDP Craiova la data de 14.09.2021, nu au fost suspendate de la executare, astfel, producându-și efectele juridice, aspect confirmat chiar și de către ofertantul SC ..., prin răspunsul formulat la solicitarea de clarificări nr. 39187/07.04.2023 a autorității contractante

... arată că prin această adresă nr. 39187/07.04.2023, autoritatea contractantă ... a solicitat clarificări ofertantului SC ..., cu privire la DUAЕ, cap. C: motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, la pct. 3:

„3. În DUAЕ la Cap. C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale - încetare anticipate, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, ați descris situația privind emiterea documentelor constatatoare nr. 2600/14.09.2021 și 2599/14.09.2021, emise de CNAIR-DRDP Craiova, referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale din contractul de execuție lucrări și prestări servicii de proiectare nr. 775 din 19.05.2010 (Contractul), având ca obiect prestarea serviciilor de proiectare (elaborare expertiză tehnică, PTH, DDE, AT) și executarea lucrărilor de construcție pentru obiectivul Modernizare DN 67B Scoarța-Pitești km 0+000-km188+200.

Vă solicităm să depuneți documentele constatatoare nr. 2599 și 2600 din 14.09.2021 părți din contractul nr. 775 din 19.05.2010 din care să rezulte categoriile de servicii și lucrări pe care ... avea obligația să le îndeplinească pe baza acestui contract, dovezi conform art. 171 din Legea nr 98/2016 pe care le considerați relevante pentru neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 ce atrage excluderea din procedura de atribuire, decizii definitive ale instanței de judecată cu privire la soluționarea dosarului având ca obiect anularea documentelor constatatoare emise ce face obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului București, Secția a II-a, Contencios Administrativ și Fiscal ce a fost declinate spre competență soluționare la Secția a VI-a Civilă a Tribunalului București, dacă este cazul.”

De asemenea, precizează că, prin răspunsul formulat în data de 10.04.2023, ofertantul SC ... a confirmat că cele două documente constatatoare nr. 2599 și 2600 din 14.09.2021 nu au fost anulate și nici suspendate de către instanță, respectiv:

- în dosarul nr. ...* aflat pe rolul Secției a VI-a Civilă a Tribunalului București, instanța a dispus în data de 10.01.2023 suspendarea judecării cauzei până la soluționarea definitivă a cauzei ce formează obiectul dosarului nr. ... 100 al Tribunalului București-Secția a VII-a Civilă;

- de asemenea SC ... a solicitat suspendarea executării documentului constatator (atașat ca Anexa 7 la răspuns), acțiunea făcând obiectul dosarului nr. În acest dosar instanța a pronunțat hotărârea nr. 587 din 28.03.2022 prin care a dispus respingerea cererii

de suspendare a executării documentului constatator nr. 2599 și 2600 din 14.09.2021, ca neîntemeiată. Hotărârea nu este definitivă ea este supusă recursului care va fi formulat în termen de 5 zile de la data comunicării hotărârii. Ori, până la data prezentă, hotărârea nu a fost comunicată ... a solicitat urgentarea redactării și comunicării hotărârii, urmând să formuleze recurs în termenul prevăzut de lege;

- astfel, alegațiile autorității contractante ..., potrivit cărora, *„având în vedere prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, rezultă că existența unui document constatator negativ la adresa unui participant la o procedură de atribuire, nu conduce în mod automat la respingerea ofertei, autoritatea contractantă fiind obligată să facă propriile aprecieri cu privire la gravitatea încălcării constatate, iar în cazul în care dovezile prezentate de operatorul economic ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul din procedura de atribuire”*, nu pot fi primite, deoarece prin solicitarea de clarificări nr. 39187/07.04.2023, autoritatea contractantă ..., a solicitat ofertantului ... în mod expres să depună *„dovezi conform art. 171 din Legea nr. 98/2016 pe care le considerați relevante pentru neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016 ce atrage excluderea din procedura de atribuire, decizii definitive ale instanței de judecată cu privire la soluționarea dosarului având ca obiect anularea documentelor constatatoare emise ce face obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului București, Secția a II-a, Contencios Administrativ și Fiscal ce a fost declinate spre competentă soluționare la Secția a VI-a Civilă a Tribunalului București”*.

Astfel, ... susține că ... trebuia să ia act de această decizie definitivă a Curții de Apel București și să procedeze în consecință la excluderea/respingerea ofertei depusă de ofertantul

Față de cele evocate mai sus, contestatoarea solicită CNSC să constate că, *în mod eronat și tendențios*, autoritatea contractantă a considerat răspunsul dat de ofertantul ... în data de 10.04.2023 în SEAP la solicitările de clarificări, ca fiind concludent, astfel cum este consemnat în cadrul procesului-verbal nr. 3 încheiat în data de 27.04.2023 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, în condițiile în care oferta respectivă trebuia exclusă/respinsă în temeiul dispozițiilor imperative ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, întrucât alegațiile/interpretările autorității contractante ... cu privire la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 contravin principiului de drept *„unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)”*.

... subliniază că aceste aspecte invocate de societatea sa au fost confirmate de CNSC prin Decizia nr. ..., Decizie rămasă definitivă prin hotărârea nr. 318 pronunțată la data de 07.02.2023 de Curtea de Apel

București în dosar nr. ..., care are autoritate de lucru judecat potrivit dispozițiilor art. 430 alin. (1) din Noul cod de procedură civilă.

De asemenea, contestatoarea menționează că în cuprinsul deciziei CNSC evocată mai sus, se expune o motivare amplă a soluției de excludere din procedura de licitație publică a operatorului ..., CNSC constatând că autoritatea contractantă, în mod corect a respins ofertele ..., pentru loturile 3 și 4 ale procedurii, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și că întoarcerea la reevaluarea ofertelor ..., pentru loturile 3 și 4, nu este posibilă, acestea trebuind a fi excluse, pentru motivul mai sus precizat. În sensul celor consemnate mai sus, Consiliul mai constată că jurisprudența în materia achizițiilor publice este constantă, practica statornică fiind în sensul celor antemenționate.

Totodată, ... susține că acest aspect a fost lămurit/clarificat și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, prin Notificarea cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Astfel, autoritatea contractantă ..., era obligată să excludă/respingă oferta depusă de SC ... în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștința că operatorul economic se află în una dintre situațiile de natură să atragă excluderea sa din procedura de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În subsidiar, contestatoarea subliniază că ofertanții clasați pe primele două locuri, respectiv: SC ... - locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 2, nu pot executa, din punct de vedere legal, contractul, întrucât nu sunt autorizați să execute lucrări la instalațiile/rețelele de gaze. Acest fapt l-a constatat prin accesarea linkului <https://portal.anre.ro/PublicLists/AtestatGN>, unde căutând aceste firme a constatat că nu dețin astfel de atestate ANRE.

Astfel, ... susține că în caietul de sarcini, la Cap. IV Date specifice ale contractului, categoriile de lucrări de reparații și întreținere cuprinse în contract pentru perioada 2022 - 2026 sunt menționate la poziția nr. 18: ridicare la nivel guri de aerisire - 200 buc, iar la pagina 14 din caietul de sarcini sunt descrise aceste lucrări. În același capitol din caietul de sarcini se solicită: *„Execuția lucrărilor cuprinse în contract se va face cu respectarea strictă a legislației aplicabile în domeniu, precum și a normelor și normativelor tehnice în vigoare și cu respectarea standardelor de calitate și sub supravegherea personalului calificat al operatorului economic desemnat să ducă la îndeplinire contractul de lucrări, respectiv personal desemnat să verifice calitatea lucrărilor executate, în conformitate cu legislația aplicabilă”;*

De asemenea, în „Nota” de la pag. 21 din caietul de sarcini se solicită: *„Se vor asigura cerințele esențiale, conform Legii 10/1995, privind calitatea în construcții cu modificările și completările ulterioare. HGR 766/1997 și normativelor tehnice în vigoare în domeniul proiectării și execuției lucrărilor de construcții, corelate și completate cu prevederile*

din legislația altor domenii complementare care determină anumite cerințe specifice de natură funcțională, tehnică sau de dotare, cum ar fi cele privind protecția civilă, securitatea la incendiu, sănătatea populației, protecția mediului, corespunzător particularităților funcționale de amplasament."

Totodată, în cadrul caietului de sarcini, în fișierul „Liste de cantități se găsește categoria de lucrări - Ridicarea la nivel a gurilor de aerisire gaz - în care sunt prevăzute categoriile de lucrări specifice.

Astfel, contestatoarea învederează că în prezenta cauză este incident Regulamentul pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale aprobat prin Ordinul ANRE nr. 132/2021, cu modificările și completările ulterioare: art. 1 alin. (3): *„Pentru desfășurarea de activități de proiectare, execuție sau exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale, operatorii economici trebuie să dețină autorizații în conformitate cu prevederile prezentului regulament."* Cu alte cuvinte, operatorul economic care execută lucrările de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaze sunt obligați să dețină autorizații ANRE tip EDIB (execuție), ori, niciunul dintre cei doi ofertanți nu dețin autorizațiile menționate anterior.

... susține că fără aceste autorizații ANRE, ofertanții nu vor putea executa contractul, atrăgând de la sine incapacitatea acestora de a executa contractul și, implicit, neconformitatea ofertelor și consideră că ofertanții trebuiau să țină cont de legislația în vigoare, iar la momentul depunerii ofertei aveau obligația de a declara subcontractanți, în condițiile în care aceștia știau că nu sunt autorizați să execute aceste lucrări care au fost solicitate, în mod clar, prin caietul de sarcini.

Contestatoarea opinează că ofertele depuse de către SC ... - locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 2, sunt neconforme și inacceptabile, prin prisma nerespectării, caietului de sarcini și, în primul rând, a prevederilor legale în vigoare.

În susținerea afirmației sale, ... învederează că legiuitorul a menționat că în procesul de evaluare a ofertelor, este de datoria achizitoare să se asigure că ofertanții participanți la procedură dovedesc/demonstrează că pot duce la îndeplinire contractul supus procedurii de atribuire, respectiv că au potențialul tehnic, care trebuie să reflecte posibilitatea concretă că un anumit operator economic poate duce la îndeplinire un contract, respectiv la îndeplinirea obiectivelor contractului la standardele de performanță și calitate impuse prin caietul de sarcini, invocând art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 137 din HG nr. 365/2016.

În opinia sa, chiar autoritatea contractantă a considerat că ofertanții SC ... clasat pe locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... clasată pe locul 2, trebuiau să dețină o autorizație ANRE care să le permită execuția lucrărilor.

În continuare, autoarea contestației prezintă argumentele sale în justificarea acestei critici.

... consideră că autoritatea contractanta a declarat admisibile ofertele depuse de ofertanții: SC ... - locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 2, cu încălcarea dispozițiilor legale incidente în cauză, fără a verifica dacă acești ofertanți declarați conformi sunt autorizați să execute lucrările la instalațiile/rețelele de gaze.

În opinia sa, evaluarea realizată de autoritatea contractantă a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune clarificarea cu ofertantul amintit a aspectelor în referință, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei, în vederea stabilirii cu certitudine a posibilității ofertanților: Asocierea SC ... - locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 2 de a executa lucrările la instalațiile/rețelele de gaze.

În concluzie, ... susține că pentru a putea executa lucrările de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaze sunt necesare autorizații ANRE și EDIB (execuție), ori, niciunul dintre ofertanții SC ... - locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 2, nu dețin autorizațiile menționate anterior, iar fără aceste autorizații ANRE, ofertantul desemnat câștigător nu va putea executa contractul, atrăgând de la sine incapacitatea acestuia de a executa contractul și, implicit, neconformitatea ofertei.

Prin adresa nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 1.544.019,76 lei.

Prin adresa nr. 51066/11.05.2023, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 25400/11.05.2023, ... transmite punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..., solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii, arătând că prin contestația depusă spre soluționare la CNSC, ce a format obiectul dosarului nr. 476/2023 (prima contestație depusă la această procedură), societatea ... și-a exercitat dreptul de a contesta rezultatul procedurii de atribuire prezentând critici cu privire la ofertanții clasati pe primele trei locuri, respectiv asocierea: ... (lider de asociere) - ... - Locul 1, SC ... - locul 2 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 3.

Astfel, în ceea ce privește critica formulată prin prezenta contestație nr. 815/04.05.2023, cu privire la faptul că oferta depusă de SC ... trebuia respinsă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ... o apreciază în primul rând, ca fiind tardivă, având în vedere că ... avea posibilitatea de a critica acest aspect prin contestația formulă inițial în cadrul acestei proceduri de atribuire, întrucât ofertantul ... a prezentat de la început în cadrul DUAE descrierea situației privind documentele constatatoare negative nr. 2599 și nr. 2600 emise de către CNAIR - DRDP Craiova și a motivelor emiterii acestora,

iar conform raportului procedurii nr. 13812/09.02.2023 acesta a fost declarat admisibil, clasându-se inițial pe locul 2.

În al doilea rând, ... consideră aceste critici ca fiind nefondate, întrucât existența unui document constatatator negativ emis în condițiile art. 148 lit. t) din HG nr. 395/2016 nu duce automat la aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din HG nr. 395/2016, privind respingerea unui participant de la procedura de atribuire, întrucât autoritatea contractantă este obligată să facă propriile aprecieri cu privire la gravitatea încălcării constatate.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, ... precizează că ofertantul ..., prin răspunsul din data de 10.04.2023 la solicitarea de clarificări nr. 39187/07.04.2023, răspuns nr. 3, a reiterat cele prevăzute în DUAЕ, și a prezentat o descriere a contextului în care au fost emise documentele constatatoare nr. 2600/14.09.2021 și 2599/14.09.2021 cu mențiunea că pentru scopurile prezentei proceduri de atribuire este relevant exclusiv documentul nr. 2600/14.09.2021, emis față de Totodată, acesta a răspuns întocmai solicitării comisiei de evaluare, prezentând situația actuală a dosarelor aflate în fața instanțelor, precum și trimiteri către documentele relevante depuse atașat răspunsului.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că potrivit procesului-verbal nr. 46283/28.04.2023 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, încheiat după rămânerea definitivă a Decizia CNSC nr. ... din 23.03.2023, comisia de evaluare a verificat documentele prezentate de către ofertant cu privire la documentul constatatator negativ nr. 2600/14.09.2021 și a concluzionat următoarele:

„În ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3 din adresa nr. 39187/07.04.2023, comisia de evaluare apreciază ca fiind concludent din următoarele motive:

- Ofertantul a prezentat documentele solicitate de către comisia de evaluare, a prezentat descrierea situației în care a fost emis Documentul constatatator nr. 2600/14.09.2021 privitor la ..., relevând faptul că în cuprinsul acestui document constatatator motivul emiterii acestuia constă în «nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă: nu a fost predată documentația tehnică (Proiect tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019), împreună cu toate avizele / acordurile aferente». Ori, potrivit contractului nr. 775/19.05.2010 pentru care a fost emis documentul constatatator 2600, obligația prestării serviciilor de proiectare îi revenea în totalitate liderului asocierii ... și nu asociatului ..., care conform Actului Adițional nr. 1 din 27.10.2017 la Acordul de asociere 79/17.12.2009 îi revenea obligația execuției lucrărilor în procent de 0,005% din valoarea contractului.

- În ceea ce privește rezilierea contractului pentru care a fost emis Documentul constatator și care face obiectul Dosarului nr. ...100 aflat pe rolul Tribunalului București, ofertantul ... precizează că în acest dosar instanța a pronunțat Decizia nr. 6130/2022/29.12.2022 prin care a dispus: «Respinge solicitarea reclamantei de constatare a intervenirii rezilierii de drept a contractului nr. 775 din 19.05.2010 ca inadmisibilă. Dispune rezilierea contractului de lucrări nr. 775 din 19.05.2010 din culpa debitoarei. Respinge cererea reconvențională ca neîntemeiată. Respinge cererile de intervenție accesorie ca neîntemeiate. Cu drept de apel în termen de 7 zile de la comunicare prin BPI. Hotărârea nu a fost încă redactată și comunicată. Soluția nu este definitivă.». Se constată astfel, din cele menționate de ofertant mai sus, ca rezilierea contractului nr. 775/19.05.2010 s-a dispus de către instanță prin reținerea culpei debitoarei ... și nu a Mai mult, din Decizia instanței de judecată nu reiese că ... a fost obligată la plata de daune interese sau la alte sancțiuni comparabile, care să decurgă din neîndeplinirea contractul nr. 775 din 19.05.2010.

- Totodată, ..., așa cum rezultă din cele declarate în DUAE și prin răspunsul nr. 3 la solicitarea de clarificări din adresa nr. 39187/07.04.2023, acesta în mod transparent a prezentat situația aferentă documentului constatator și toate informațiile lămuritoare cu privire la aspectele în discuție, furnizând inclusiv informații pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, precizând că «Orice situație precum cea mai sus descrisă este tratată cu o atenție deosebită, iar în eventualitatea în care, prin absurd, instanța de judecată ar urma să stabilească o eventuală culpă sau prejudiciu în sarcina ..., operatorul economic este pregătit să îndeplinească orice acțiune pentru acoperirea prejudiciului și să adopte măsurile de remediere necesare la nivel organizațional.» De asemenea, ofertantul arată că la nivelul societății, au fost adoptate politici și măsuri cu rol de acțiune pentru evitarea oricăror întârzieri sau deficiențe în activitate, și că la nivelul ... au fost implementate Standarde Comune de Proiect, ce sunt parte integrantă a Sistemului de Management al Calității, esențiale în cadrul achiziționării și execuției proiectelor de construcții.

- Relevant este și faptul că de la data semnării contractului pentru care a fost emis documentul constatator s-a scurs mai mult de 10 ani, timp în care ... a derulat cu succes contracte în valoare de peste 9 miliarde de lei, fără a înregistra vreun document constatator negativ.

Astfel, având în vedere prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu prev. art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, rezultă că existența unui document constatator negativ la adresa unui participant la o procedură de atribuire, nu conduce în mod automat la respingerea ofertei, autoritatea contractantă fiind obligată să facă propriile aprecieri cu privire la gravitatea încălcării constatate, iar în cazul în care dovezile

prezentate de operatorul economic ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Așadar, ținând cont de justificările prezentate cât și de practica instanțelor de judecată, potrivit Deciziei nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Craiova în Dosarul nr. ... și Decizia nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Craiova în Dosarul nr. ..., comisia de evaluare a hotărât că răspunsul dat de către ofertantul ... este concludent."

În cele ce urmează, ... invocă și redă prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, arătând că raportat la informațiile furnizate de ofertantul ..., prin DUAE și prin răspunsul la solicitările de clarificări, rezultă că nu sunt întrunite cumulativ de invocare și aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, autoritatea contractantă susține că evaluarea ofertei depuse de către ... s-a făcut, raportat la decizia comisiei de evaluare, cu rigurozitatea impusă de cerințele exprese din fișa de date a achiziției și de legislația în domeniu, vizavi de constatarea absenței incidenței prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește solicitările în subsidiar formulate prin contestație, cu privire la respingerea ofertanților clasati pe primele două locuri: respectiv SC ... - locul 1 și Asocierea SC ... (lider de asociere) - ... -locul 2, întrucât *„nu pot executa, din punct de vedere legal, contractul, întrucât nu sunt autorizați să execute lucrări la instalațiile/rețetele de gaze”*, ... solicită respingerea acestora, având în vedere faptul că aceste critici au făcut obiectul primei contestații depuse la această procedură de atribuire de către același contestator ..., aceste critici fiind respinse de către CNSC conform Deciziei nr. ... din 23.03.2023, rămasă definitivă prin Decizia nr. ... a Curții de

Astfel, ... subliniază că aceste critici se regăsesc la adăpostul autorității de lucru judecat, care reprezintă un principiu ce guvernează activitatea de îndeplinire a justiției și în virtutea căruia un litigiu soluționat printr-o hotărâre judecătorească definitivă nu mai poate forma obiectul unui nou proces având același obiect, aceeași cauză și aceleași părți.

Autoritatea contractantă opinează că ..., prin prezenta contestație, reia astfel din nou criticile formulate inițial prin prima contestație nr. 358/20.02.2023 înregistrată la CNSC sub nr. 9799/ 27.02.2023, pe care Consiliul le-a respins prin Decizia nr. ... din 23.03.2023, rămasă definitivă prin Decizia ... a Curții de Ori, referitor la aceste critici, Consiliul a reținut că societatea ..., prin răspunsul la clarificări din adresa nr. 902/09.01.2023, pag. 501 - 524, a făcut dovada deținerii unei autorizații ANRE întrucât a arătat că: *„așa cum rezultă în declarația de la pagina 222 (...) vă transmitem autorizația ANRE și declarația de disponibilitate pentru persoana nominalizată”*, anexând și următoarele acte: *„declarație de disponibilitate, semnată în data de 10.11.2022, de către ..., în calitate de PFA și autorizația nr. 5240/27.01.2020, emisă de către*

Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei, care atestă calitatea de instalator autorizat (...) din domeniul gazelor naturale”.

... precizează că, prin Decizia nr. ..., Curtea de ..., prin care s-a respins plângerea contestatoarei împotriva Deciziei CNSC nr. ... din 23.03.2023, instanța de judecată a considerat soluția Consiliului ca fiind legală, justificată de următoarele:

„Prin adresa nr. 478/04.01.2023, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei clasate pe locul al doilea (...), următoarea clarificare comună: «2. în caietul de sarcini, în cadrul lucrărilor ce se vor executa sunt cuprinse și «18. Ridicare la nivel guri de aerisire», categorie de lucrări prevăzută și în proiectul tehnic». Vă solicităm să ne clarificați care dintre operatorii economici participanți la procedură au autorizația necesară executării acestor lucrări?»».

În concret, în caietul de sarcini, la capitolul IV, printre categoriile de lucrări de reparații și întreținere cuprinse în contract pentru perioada 2022 - 2026 sunt menționate la poziția nr. 18 și cele privind: ridicare la nivel gurii de aerisire - 200 buc., la pag. 14 din caietul de sarcini fiind descrise aceste lucrări. De asemenea, lucrarea de «Ridicarea la nivel a gurilor de aerisire gaz» se regăsește și în fișierul «Liste de cantități».

Or, apanajul elaborării documentației de atribuire aparține exclusiv autorității contractante, întrucât disp. art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prevăd: ««Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire»». De asemenea, în raport de dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire».

În cauză însă, nici din documentația de atribuire și nici din adresa comună de clarificări, nu rezultă cerința existenței unui sub contractant autorizat ANRE, respectiv obligația de a depune un contract de subcontractare pentru execuția lucrărilor de ridicare la nivel guri de aerisire.

Relevant este că însăși petenta contestatoare susține că nu s-a solicitat prin documentația de atribuire nici autorizație ANRE și nici subcontractant autorizat:

- «chiar dacă nu a fost solicitată în mod direct, această autorizație ANRE, este evident faptul că operatorii economici trebuiau să țină cont, la întocmirea ofertei, de toate normele tehnice și normativele aflate în vigoare la data depunerii ofertei, pentru a putea depune o ofertă conformă și implicit a executa contractul de achiziție publică, în cazul adjudecării acestuia; de asemenea, neformularea acestei cerințe, în mod expres, nu înseamnă faptul că exonerează autoritatea contractantă de a

verifica dacă ofertantul care este clasat pe primul loc în clasament poate și execută contractul, din punct de vedere legal, cu respectarea legislației în vigoare, înainte de a-l desemna câștigător, urmând ca ulterior să semneze contractul, cu consecința rezilierii ulterioare a acestuia».

Curtea constată că, în speță, toate părțile nu contestă că nici în Fișa de date, nici în anunțul de participare nu există vreo cerință expresă privind această activitate, cum ar fi, de exemplu, obligația ofertanților de a deține autorizație ANRE și de a nominaliza însăși persoana care va realiza activitatea de «ridicare la nivel a gurilor de aerisire gaz».

În lipsa existenței unei cerințe exprese în acest sens în documentația de atribuire, Curtea de Apel nu poate reține în baza unei clauze nescrise neconformitatea unor oferte, cum în mod eronat susține petenta.

Contrar celor susținute de către petenta, legea nu permite completarea tacită a acestei documentații de atribuire și nici contestarea ei, decât în termenele și condițiile expres reglementate de Legea nr. 101/2016 și normele HG nr. 395/2016, întrucât documentația de atribuire, inclusiv mențiunile stipulate și detaliate în caietul de sarcini - cap. IV, sunt obligatorii atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, care trebuie a-și întocmi oferta doar pe baza conținutului documentației de atribuire, așa cum de altfel statuează și art. 123 alin. (1) din HG. nr. 395/2016, conform căroră «Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire».

Cum această documentație de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, nici solicitată a fi clarificată și de altfel însușită de către petentă prin neatacarea în termenul prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016, Curtea nu poate primi pe calea acestei plângeri, susținerile petentei privind necesitatea suplimentării (tacite/implicite) a cerințelor prevăzute expres în caietul de sarcini, în sensul subcontractării unui executant autorizat ANRE, ca fiind singurul mod legal de execuție a lucrării de «ridicare la nivel a gurilor de aerisire gaz».

Așa fiind, în acord cu cele reținute de CNSC, Curtea învederează că în situația în care petenta, pe parcursul derulării procedurii de achiziție ar fi considerat că este necesar ca în cadrul documentației de atribuire să fie prevăzută și autorizarea ANRE, avea la îndemână dispozițiile legale, în forma art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: «Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare simplificat/de concurs».

Se constată că petenta nu a uzat însă în termen legal și în condițiile prevăzute de normele speciale incidente achizițiilor publice, nici de procedura reglementată de art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și

nici de disp art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 sub aspectul formulării contestației privitoare la conținutul documentației de atribuire, astfel că invocarea unei cerințe suplimentare la caietul de sarcini, doar în procedura contencioasă (administrativ-jurisdicțională sau judiciară) se dovedește a fi inacceptabilă, neavând temei legal.

Tot sub aspectul neconformității ofertelor pentru inexistența unui subcontractant autorizat ANRE, nu poate fi primit nici argumentul petentei, că ar exista un tratament inegal față de participanții la procedură, în condițiile în care «petenta a prezentat un Acord de subcontractare cu ..., obiectul acestuia fiind tocmai executarea de către acest subcontractant a lucrărilor de ridicare la nivel a răsuflătorilor de gaz.», întrucât în absența acestei obligații de subcontractare - deținător autorizație ANRE - nu poate exista nici inechitatea procedurii.

Împrejurarea că petenta a înțeles să încheie acest acord nu poate fi reținută nici ca un avantaj sau o calificare mai caracterizată a ofertei sale, după cum, nici nu poate constitui un motiv de neconformitate a unei oferte.”

De asemenea, Curtea de ... a reținut temeinic faptul că, nu pot fi primite aprecierile petentei privind nevalabilitatea sau valabilitatea autorizării ANRE prezentate de SC ... privind operatorul economic PFA Bocanici Valentina, întrucât nu sunt de natură a atrage nelegalitatea Deciziei CNSC, în condițiile în care sunt aspecte ce țin cel mult de executarea contractului și nu de legalitatea procedurii de atribuire.

Pe de altă parte, Curtea a apreciat că în mod legal că Consiliul a făcut în speță și aplicarea normelor comunitare, respectiv a jurisprudenței CJUE în materie, prin reținerea Deciziei preliminare din C-403/21, cu aplicabilitate directă, deplină și imediată în speță, și prin care s-a statuat : „Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

2) Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa

aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare."

Instanța a mai arătat că prin intermediul jurisprudenței sale, Curtea de Justiție a consacrat obligația administrațiilor și a instanțelor naționale de a aplica pe deplin dreptul Uniunii în cadrul sferei lor de competență și de a proteja drepturile conferite de aceasta cetățenilor (aplicarea directă a dreptului Uniunii), fără a aplica însă orice dispoziție contrară din dreptul național, fie aceasta anterioară sau ulterioară normei Uniunii (supremația dreptului Uniunii asupra dreptului național). Așadar dezlegările oferite de către CJUE prin decizia invocată în prezentul demers sunt obligatorii și pentru instanța de judecată.

... apreciază că decizia sa privind declararea ofertei depuse de ..., ca admisibilă și câștigătoare, este corectă și legală, aceasta îndeplinind în tocmai cerințele prevăzute în documentația de atribuire, neexistând niciun motiv întemeiat pentru respingerea acesteia.

Așadar, având în vedere că oferta depusă de ... s-a clasat pe primul loc, iar oferta contestatoarei pe locul al treilea, ... solicită respingerea criticilor formulate de aceasta cu privire la ofertantul clasat pe locul 2 - Asocierea ...(lider de asociere)/..., ca lipsite de interes, întrucât aceasta nu este în situația de a putea înlătura oferta de pe locul 1 și neavând deci posibilitatea încheierii contractului de achiziție publică în cauză, astfel că nu se află în situația „persoanei vătămate”, astfel cum prevăd dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante de calificare și declarare câștigătoare a unei alte oferte. Acest aspect fiind tranșat atât de către Consiliu prin Decizia nr. ... din 23.03.2023, cât și de Curtea de ... prin Decizia

Prin adresa nr. 855/09.05.2023, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 25693/12.05.2023, ... a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. 209125518/1 din 09.05.2023, în valoare de 1.544.019,76 lei, document emis de CEC BANK - Sucursala Deva.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat ... opinia cu privire la excepția tardivității și autorității de lucru judecat, invocate în conținutul punctului de vedere al autorității contractante.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C sub nr. 26549/17.05.2023, ... transmite cererea de intervenție voluntară accesorie, solicitând cele redată în partea introductivă.

Intervenienta prezintă istoricul procedurii, iar cu privire la admisibilitatea cererii sale de intervenție, ... subliniază calitatea sa de ofertant admisibil și câștigător, invocând prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (1) și (3) din Codul de Procedură Civilă. În acest sens, precizează că oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, iar prin contestația formulată, ... urmărește anularea rezultatului și raportului procedurii, în ce privește declararea ca fiind conformă a ofertei sale, respectiv solicită obligarea

autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, fapt care are impact în mod direct asupra procedurii de atribuire și a rezultatului acesteia.

De asemenea, invocă tardivitatea criticilor privind inadmisibilitatea ofertei ..., învederând următoarele:

- contestația formulată că *„începând cu data de 14.09.2021, pentru o perioadă de 3 ani, ... se află în situația vădită de excludere din procedurile de licitație publică”* dată fiind existența unor documente constatatoare *„încărcate pe site-ul oficial dedicat licitațiilor publice, pe numele acestei societăți, parte a grupului ...”*.

- această critică a fost invocată de ... pentru prima dată pe calea plângerii în fața Curții de

- în procedura de soluționare a plângerii a solicitat, prin întâmpinare, respingerea, ca inadmisibile a criticilor noi formulate de ... pe calea plângerii în fața instanței, având în vedere că acestea exced criticilor formulate inițial prin contestația în fața CNSC.

- citează din Hotărârea ..., emisă de Curtea de ... concluzionând tardivitatea criticilor privind pretinsa inadmisibilitate a ofertei ..., invocate prin noua contestație formulată de Intervenienta opinează că ... ar fi putut invoca aceste critici numai printr-o contestație formulată în termenul legal de contestare care curgea de la comunicarea inițială a rezultatului procedurii. Ori, ... nu și-a exercitat dreptul de contestare în termenul prevăzut de lege. Dimpotrivă, ... „profită” de noile acte privind rezultatul procedurii pentru a invoca critici tardive.

Pe fondul criticii invocate de ..., ... prezintă argumentele sale, susținând că acestea sunt neîntemeiate.

Pe de altă parte, intervenienta solicită respingerea contestației, având în vedere incidența autorității de lucru judecat în privința criticilor privind capacitatea ... de realizare a lucrărilor de execuție instalații/rețele gaze naturale, afirmând că ... urmărește, prin contestația de față, să lipsească de efectele puterii de lucru judecat o hotărâre anterioară și formulează critici identice cu cele din contestația anterioară. Ori, potrivit art. 431 alin. (1) Codul de Procedură Civilă *„Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”*.

În continuare prezintă apărările sale în susținerea afirmațiilor de mai sus, subliniind că, referitor la aceste aspecte, Curtea de ... s-a pronunțat, în mod definitiv prin Hotărârea Civilă nr. 265 din 26.04.2023.

În acest sens, intervenienta susține că cele statuate cu putere de lucru judecat prin decizia instanței se opun reluării de către Consiliu a analizei asupra criticilor identice formulate de ... printr-o nouă contestație. În opinia sa, simpla emitere a unui nou rezultat al procedurii și atacarea noilor acte emise de autoritatea contractantă nu este de natură să înlăture aspectele tranșate definitiv într-un cadru procesual la care contestatoarea a fost parte și pe care chiar ea l-a inițiat.

... precizează că potrivit celor reținute în doctrină, tripla identitate de elemente - părți, obiect, cauză - privește funcțiunea negativă a autorității de lucru judecat, adică interzicerea reluării judecății asupra unui litigiu care să poarte asupra aceluiași trei elemente care au conturat cadrul procesual cu ocazia primei judecăți.

Intervenienta menționează că, în privința ofertei sale, nu subzistă motivul de neconformitate invocat de contestatoare, iar sub acest aspect contestația formulată de ... este nefondată, prezentând argumentele sale, în acest sens.

Prin adresa nr. 916/17.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 26594/17.05.2023, ... a transmis concluzii scrise.

Cu privire la excepția tardivității, contestatoarea susține următoarele:

- excepția tardivității formulării contestației, în ceea ce privește critica adusă de către societatea sa, motivată în drept de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, este nefondată, întrucât, obiectul prezentului dosar îl reprezintă contestația formulată de societatea sa împotriva raportului procedurii nr. 46451/28.04.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării rezultatului procedurii nr. 46457/28.04.2023, iar termenul de formulare a contestației este de 10 zile în raport de prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) 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;

- chiar autoritatea contractantă PRIMĂRIA ... în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii nr. 46457/28.04.2023, a specificat în mod expres că, *„eventualele contestații se pot formula în conformitate cu prevederile din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”*;

- cu alte cuvinte, autoritatea contractantă PRIMĂRIA ... putea să invoce excepția tardivității contestației formulată de societatea sa, doar în raport de nerespectarea termenului imperativ de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și nu *per a contrario*, în ceea ce privește critica formulată de societatea sa cu privire la oferta depusă de ofertantul ..., care trebuia respinsă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

- în susținerea excepției tardivității se invocă de către autoritatea contractantă ... faptul că, *„contestatorul ... avea posibilitatea de a contesta acest aspect prin contestația formulată inițial în cadrul acestei proceduri de atribuire, întrucât ofertantul ... a prezentat de la început în*

cadrul DUAЕ descrierea situației privind documentele constatatoare negative nr. 2599 și nr. 2600 emise de către CNAIR-DRDP Craiova și a motivelor emiterii acestora”, însă prin adresa nr. 39187/07.04.2023, chiar autoritatea contractantă ... a solicitat clarificări ofertantului ... după întocmirea și comunicarea raportului procedurii nr. 13812/09.02.2023, cu privire la DUAЕ, cap. C: Motive legate de insolventă, conflict de interese sau abateri profesionale, la pct. 3, „vă solicităm să depuneți documentele constatatoare nr. 2599 și 2600 din 14.09.2021 părți din contractul nr. 775 din 19.05.2010 din care să rezulte categoriile de servicii și lucrări pe care ... avea obligația să le îndeplinească pe baza acestui contract, dovezi conform art. 171 din Legea nr. 98/2016 pe care le considerați relevante pentru neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016 ce atrage excluderea din procedura de atribuire, decizii definitive ale instanței de judecată cu privire la soluționarea dosarului având ca obiect anularea documentelor constatatoare emise ce face obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului București, Secția a II- a, Contencios Administrativ și Fiscal ce a fost declinate spre competență soluționare la Secția a VI-a Civilă a Tribunalului București, dacă este cazul”,

- afirmă că nu putea să aibă acces la documentele suport DUAЕ, întrucât în cadrul DUAЕ exista doar „descrierea situației privind Documentele constatatoare negative nr. 2599 și nr. 2600” din 14.09.2021, iar aceste documente au fost solicitate de către autoritatea contractantă ... prin adresa nr. 39187 din data de 07.04.2023, deci ulterior întocmirii și comunicării raportului procedurii nr. 13812/09.02.2023, care a fost contestat de către societatea sa prin contestația nr. 358/20.02.2023 înregistrată la CNSC sub nr. 9799/27.02.2023, fiind în imposibilitatea de a contesta documentele constatatoare negative, întrucât acestea nu se aflau la dosarul achiziției, prin contestația formulată inițial în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Față de aceste considerente evocate mai sus, ... solicită CNSC să respingă excepția tardivității contestației invocată de către autoritatea contractantă ..., ca nefondată.

În continuare, contestatoarea menționează că, din analizarea raportului procedurii nr. 46451/28.04.2023, rezultă că ofertele depuse de ofertanții ... și Asocierea: ... - ... au fost declarate admisibile și conforme, cu încălcarea prevederilor documentației de atribuire, dar și a legislației în vigoare.

În principal, ... prezintă aceleași argumente legate de documente constatatoare ale societății ..., invocând și redând art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, art. 166 alin. (1), (5) și (8) din HG nr. 395/2016.

... reia susținerile sale din cadrul contestației, afirmând că autoritatea contractantă trebuia să procedeze, în consecință, la

excluderea/respingerea ofertei depusă de ofertantul ..., invocând din jurisprudența CNSC

Contestatoarea arată că, referitor la excepția autorității de lucru judecat, invocată de societatea sa în raport de decizia CNSC rămasă definitivă prin hotărârea Curții de Apel București evocate mai sus, autoritatea contractantă ..., nu și-a exprimat un punct de vedere/o opinie în raport de această excepție invocată prin contestație, motiv pentru care consideră că a achiesat în mod tacit la această excepție invocată.

În opinia sa, consideră că, în cuprinsul deciziei CNSC evocată mai sus, se expune o motivare amplă a soluției de excludere din procedura de licitație publică a operatorului

Totodată, ... învederează că, CNSC reține că în documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600 emise la data de 14.09.2021, făcând trimitere la altă autoritate contractantă - CNAIR S.A-DRDP Craiova, față de cea din prezenta contestație.

Referitor la excepția autorității de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă ... referitor la criticile formulate, contestatoarea solicită CNSC să o respingă, ca nefondată, întrucât motivele invocate de societatea sa prin contestația inițială soluționată de CNSC prin Decizia nr. ... din 23.03.2023, rămasă definitivă prin Decizia nr. ... a Curții de ..., nu au fost reiterate prin intermediul contestației ce face obiectul prezentului dosar.

... subliniază că aceasta presupune tripla identitate de părți, obiect și cauză, potrivit dispozițiilor art. 431 alin. (1) din NCPC. De asemenea această excepție este neîntemeiată, întrucât această condiție nu este îndeplinită, obiectul fiind diferit, respectiv diferit de cel ce a făcut obiectul primului ciclu procesual și condiția cauzei este neîndeplinită, primul litigiu fiind soluționat prin decizia CNSC nr. ..., astfel încât este evident că nu este îndeplinită condiția triplei identități, cerută de dispozițiile legale.

De asemenea, precizează că obiectul deciziei menționate a fost diferit, fiind vorba chiar de acte diferite emise de entități diferite: o decizie a organului administrativ jurisdicțional CNSC, respectiv două rapoarte ale procedurii de atribuire emise de autoritatea contractantă ... în circumstanțe diferite, la momente diferite ale evaluării/reevaluării aceleiași oferte.

... susține că prin contestația nr. 358/20.02.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., ce a făcut obiectul dosarului nr. ..., societatea sa nu a invocat aceste motive/ critici noi invocate prin motivele prezentei contestații, raportat la ofertele depuse de ofertanții clasați pe primele două locuri evocați mai sus, în schimb ofertantul ..., prin cererea de intervenție formulată în cadrul dosarului nr. ... a prezentat membrilor completului argumente nesustenabile în favoarea propunerii tehnice, prin care a indus în eroare completul ce a adoptat Decizia nr. ... din data de 23.03.2023.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatoarea citează pasaje, pe care ea le consideră relevante, din Decizia nr. ... din data de 23.03.2023, menționând că ofertanții clasati pe primele două locuri, respectiv: SC ... - locul 1 și Asocierea: SC ... (lider de asociere) - ... - locul 2, nu pot executa, din punct de vedere legal, contractul, întrucât nu sunt autorizați să execute lucrări la instalațiile/rețelele de gaze.

În cele ce urmează, ... redă cele deja prezentate în cadrul contestației sale.

Prin adresa nr. 298/18.05.2023 înregistrată la C.N.S.C sub nr. 26977/18.05.2023, societatea ... transmite cererea de intervenție voluntară, solicitând cele redate în partea introductivă.

Cu privire la admisibilitatea cererii sale de intervenție, ... invocă art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, subliniind calitatea sa de ofertant admisibil.

Cu privire la excepția autorității de lucru judecat și caracterul tardiv, intervenienta susține că observațiile privind respingerea, ca neconformă a ofertei sale puse în discuție de ... în prezentul cadru procesual au fost tranșate definitiv prin decizia Curții de ... pronunțate în dosarul nr. ..., cu privire la soluționarea plângerii formulate de ... împotriva deciziei CNSC nr. .../23.03.2023, această speță beneficiind, așadar, de autoritatea de lucru judecat.

De asemenea, ... precizează că prin hotărârea, obligatorie și definitivă nr. ... din data de 26.04.2023 Curtea de ... a decis următoarele: *„Curtea constată că, în speță toate părțile nu contestă ca nici fișa de date, nici în anunțul de participare nu există vreo cerință expresă privind această activitate, cum ar fi, de exemplu, obligația ofertanților de a deține autorizație ANRE și de a nominaliza însăși persoana care va realiza activitatea de «ridicare la nivel a gurilor de aerisire gaz»*

În lipsa existenței unei cerințe exprese în acest sens în documentația de atribuire, Curtea de Apel nu poate reține în baza unei clauze nescrise neconformitatea unor oferte, cum în mod eronat susține petenta.

Contrar celor susținute de către petenta, legea nu permite completarea tacită a acestei documentații de atribuire și nici contestarea ei, decât în temenele și condițiile expres reglementate de Legea nr. 101/2016 și normele HG nr. 395/2016, întrucât documentația de atribuire, inclusiv mențiunile stipulate și detaliate în caietul de sarcini – cap. IV sunt obligatorii atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, așa cum de altfel statuează și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, conform cărora «Ofertantul elaborează oferta în conformitatea cu prevederile documentației de atribuire».

Cum aceasta documentație de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, nici solicitată a fi clarificată și de altfel însușită

de către petenta prin neatacarea în termenul prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016, Curtea nu poate primi pe calea acestei plângeri, susținerile petentei privind necesitatea suplimentării (tacite/implicite) a cerințelor prevăzute expres în caietul de sarcini, în sensul subcontractării unui executant autorizat ANRE ca fiind singurul mod legal de execuție a lucrării de «ridicare la nivel a gurilor de aerisire gaz»”

Ori, având în vedere că motivele invocate în conținutul prezentei contestații cu privire la oferta ... sunt identice cu cele care au făcut obiectul plângerii soluționate de Curtea de ..., intervenienta consideră că, la acest moment, ... nu mai poate invoca cu succes aceleași critici, în consecință solicită CNSC să constate, ținând cont de etapele parcurse deja, că nu se poate reveni asupra analizei propunerii sale tehnice, cum solicită ..., în această situație aplicându-se principiul puterii de lucru judecat prin Decizia Curții sus menționată.

De asemenea, intervenienta invocă și excepția tardivității contestației Astfel, menționează că prin contestația nr. 820/05.05.2023, publicată în SEAP la data de 08.05.2023, demersul ..., a cărei oferta se situează pe locul III în clasament, este îndreptat împotriva evaluării ofertelor Asocierii ... - ... și ... pe care urmărește să le elimine din competiție cu scopul de a-i fi atribuit contractul, adică de a modifica rezultatul procedurii. Dar, aceleași demers a fost urmărit de contestatoare și prin conținutul contestației nr. 358/20.02.2023.

Totodată, intervenienta arată că susținerile ... în sensul că oferta sa a fost declarată, în mod nelegal, admisibilă prin raportul procedurii nr. 46451/28.04.2023 sunt nefondate și nu pot fi reținute de către Consiliu, iar solicitarea contestatoarei de anulare a acestui raport nu reprezintă, în fapt, un capăt nou de cerere, cât timp, prin intermediul primei contestații a solicitat, în mod expres, aceeași reevaluare a ofertei ... de la etapa verificării admisibilității acesteia.

Prin depunerea celei de-a doua contestații, ... reiterează, fidel, criticile împotriva ofertei ... deja cunoscute de mai bine de două luni, ceea ce, este vădit inadmisibil și, deopotrivă tardiv. În opinia sa, deși ... își îndreaptă contestația împotriva ultimului raport al procedurii, în fapt, ceea ce o nemulțumește pe contestatoare este declararea ofertei ... ca fiind admisibilă. La distanță de mai mult de două luni de la aflarea rezultatului procedurii și implicit de la declararea ofertei ... ca fiind admisibilă, ... înaintează o nouă contestație în care enumeră aceleași motive pentru care oferta ... ar fi trebuit respinsă, cele două contestații vizând aceeași finalitate, respectiv anularea deciziei prin care oferta depusă de Asocierea ... - ... a fost declarată admisibilă.

Așadar, în opinia sa, capătul de cerere formulat în această contestație este identic cu capătul de cerere formulat prin prima contestație, respectiv reevaluarea ofertei sale de la verificarea admisibilității, măsura autorității contractante contestate fiind, în fapt, declararea ofertei ... drept admisibilă, măsură care i-a fost adusă la

cunoștință încă de la data de 09.02.2023 prin raportul procedurii nr. 13812, termenul de contestație curgând, evident, de la această dată.

Drept urmare, raportându-se la data la care ... a luat la cunoștință de actul atacat, respectiv raportul procedurii prin care oferta ... a fost declarată admisibilă în data de 09.02.2023, ultima zi în care se putea exercita calea de atac aferentă, era data de 20.02.2023. Ori, calculând termenul de 10 zile de la data de 09.02.2023, data publicării în SEAP a primului raport al procedurii, reiese că acesta este cu mult depășit, în consecință, această contestație este formulată după expirarea termenului legal prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 ceea ce atrage sancțiunea respingerii ei ca tardivă.

În cele ce urmează, ... face precizări cu privire la fondul cauzei, invocând jurisprudență națională și europeană.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Lucrări de reparații și întrețineri străzi, alei, trotuare, parcuri și drumuri aparținătoare ...*”, cod CPV 45233142-6 Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr. .../06.10.2022, în anexa căruia se regăsește și documentația de atribuire.

La pct. II.2.5) din cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate preț*”, factorii de evaluare și ponderea acestora fiind: „*prețul ofertei – 90%*” și „*experiența similară a expertului cheie – Manager contract/coordonator lucrare – 10%*”; la pct. II.1.5 este menționată o valoare totală estimată de 77.200.987,98 lei, fără T.V.A.

Potrivit celor menționate în cadrul procesului – verbal nr. 114395/18.11.2022, pag. 312 – 419, în cadrul procedurii de atribuire în cauză au depus oferte următorii operatori economici: ...; ASOCIEREA .../... (subcontractant: ...); .../.../... (subcontractant: ...); ASOCIEREA .../....

Ulterior evaluării ofertelor, conform celor consemnate în cadrul raportului procedurii nr. 13812/09.02.2023, pag. 33 – 54, toate cele 4 (patru) oferte au fost declarate admisibile, iar în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, a rezultat următorul clasament: Locul I – ASOCIEREA .../...; Locul II - ...; Locul III – ASOCIEREA .../ ...; Locul IV – .../.../....

Decizia de mai sus a fost transmisă ASOCIERII .../ .../... prin adresa nr. 13848/09.02.2023, pag. 30. În urma luării la cunoștință a rezultatului aferent, ... a formulat o contestație, care a fost admisă în parte, prin decizia nr.

Decizia de mai sus a fost atacată cu plângere la Curtea de ..., care a respins, ca nefondată, această plângere, conform Hotărârii nr.

Ulterior reevaluării ofertelor, conform celor consemnate în cadrul raportului procedurii nr. 46451/28.04.2023, pag. 4 – 5, oferta asocierii ... – ... a fost declarată inacceptabilă, iar în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, a rezultat următorul clasament: Locul I – ...; Locul II - ASOCIEREA .../ ...; Locul III – .../.../....

Decizia de mai sus a fost transmisă ASOCIERII .../.../... prin adresa nr. 46457/28.04.2023. În urma luării la cunoștință a rezultatului aferent, ... a formulat contestația din prezenta cauză solicitând cele redată în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Din conținutul contestației, Consiliul reține că nemulțumirea acesteia vizează modul în care autoritatea contractantă stabilit admisibilitatea ofertelor clasate pe locul 1 și câștigătoare, depusă de către societatea ... și pe locul 2, depusă de Asociera ...-.... În opinia acesteia, ofertele de mai sus trebuiau respinse ca inacceptabile.

Totodată, legat de eventualele concluzii orale, pe care societatea contestatoare afirmă că le poate susține în fața CNSC-ului, în apărarea sa, raportându-se la prevederile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, considerând că se află în posesia tuturor elementelor/documentelor necesare soluționării cu celeritate a cauzei, constată că nu se impune audierea părților.

De asemenea, în soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că, urmare a formulării prezentei contestații:

- societatea ..., în calitate de ofertant a căreia oferta a fost clasată pe primul loc și desemnată câștigătoare, a formulat cererea de intervenție, înregistrată la CNSC cu nr. 26549/17.05.2023, solicitând respingerea contestației (i) ca fiind tardiv formulată și (ii) având în vedere incidența autorității de lucru judecat, iar, pe fondul cauzei, ca nefondată

iar

- societatea ..., lider al Asocierii ... – ..., a cărei oferta a fost declarată admisibilă și clasată pe locul al doilea, a formulat cererea de intervenție, înregistrată la CNSC cu nr. 26977/18.05.2023,...

Prealabil aprecierii asupra admisibilității, în principiu, a cererilor de intervenție de mai sus, Consiliul ia act de faptul că autoarele acestora sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii derulării procedurii. În consecință, cererile de intervenție în discuție îmbracă elementele unor cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Considerate de Consiliu admisibile, în principiu, cererile de intervenție de mai sus, urmează a fi cercetate odată cu solicitările contestatoarei în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și cele ale art. 64 și 67 din Codul de

procedură civilă, societatea ..., fiind declarată câștigătoare, având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire, iar societatea ... având un interes în a-și prezerva dreptul ca oferta sa să fie, în continuare, admisibilă.

Consiliul ține seama de faptul că, în cadrul unui prin ciclu procesual ... - ... - ... prin ..., ca reiei oferta s-a clasat pe locul 4, a formulat contestația nr. 358/ 20.02.2023, înregistrată la C.N.SC sub nr. ..., împotriva ofertanților clasati pe primele 3 locuri respectiv: Asocierea ...-..., ... și Asocierea ... - ..., solicitând „reevaluarea” acestora și „declararea neconformității” lor.

Contestația de mai sus a fost soluționată prin Decizia CNSC nr. ... din 23.03.2023, dispunându-se următoarele:

„(...) Admite, în parte, contestația înregistrată la C.N.SC sub nr. ..., formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., str. Unirii nr. 4, județul Hunedoara și anulează raportul procedurii nr. 13812/09.02.2023 și actele subsecvente acestuia, numai în partea ce privește evaluarea propunerii tehnice aparținând ASOCIERII .../..., inclusiv comunicarea rezultatului procedurii nr.13848/09.02.2023.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea propunerii tehnice aparținând ASOCIERII .../..., cu aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. 5) din H.G. nr. 395/2016, conform motivării de mai sus, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 11731/07.03.2023, formulată de către ..., în calitate de ofertant al ASOCIERII .../....

Respinge, ca nefondate, criticile contestatoarei privind oferta

Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 12468/09.03.2023, formulată de către ..., cu privire la argumentele în favoarea propunerii tehnice aparținând

Respinge ca inadmisibile, criticile față de oferta aparținând ASOCIERII .../....

Respinge, ca lipsite de interes, criticile referitoare la oferta aparținând ASOCIERII .../....”

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit căroră: „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”, Consiliul va analiza cu prioritate excepția tardivității și a autorității de lucru judecat, invocate de către autoritatea contractantă și de interveniente.

În pronunțarea asupra excepțiile de mai sus, Consiliul se va raporta la Decizia CNSC nr. ... din 23.03.2023.

Astfel, în ceea ce privește excepția tardivității referitoare la criticile contestatoarei potrivit căroră societatea ... s-ar afla în situația de

excludere, motivat de existența „documentelor constatatoare nr. 2599 și nr. 2600”, Consiliul o va admite.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul ține seama de faptul că, inițial, prin contestația nr. 358/ 20.02.2023, înregistrată la C.N.SC sub nr. ..., societatea ... a criticat oferta ..., solicitând reevaluarea acesteia.

Prin CNSC nr. ... din 23.03.2023, Consiliul a dispus, legat de aceasta ofertă, următoarele: „Respinge, ca nefondate, criticile contestatoarei privind oferta ...”.

Împotriva acestei decizii, societatea ... a formulat plângere la Curtea de ..., soluționată prin Hotărârea nr. ... din 26.04.2023, în sensul respingerii acesteia.

Prin urmare, având în vedere că societatea contestatoare a cunoscut admisibilitatea ofertei criticate, încă din primul ciclu procesual, astfel încât avea posibilitatea contestării acesteia din toate punctele de vedere, Consiliul stabilește că, la acest moment, orice critică asupra ofertei societății ... va fi respinsă ca tardiv formulată, cu atât mai mult cu cât prin decizia anterioară, menținută de către curtea de ..., s-au respins, ca nefondate, criticile privind această ofertă.

Or, în situația în care, la prima contestație, societatea ... nu a criticat și aspectele din prezenta contestație, față de raportul procedurii nr. 13812/09.02.2023, inclusiv față de adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13848/09.02.2023, când a luat la cunoștință de admisibilitatea ofertei ..., clasată pe locul al doilea, nu se mai poate face vorbire de o nouă solicitare a contestatoarei de reevaluare a ofertei în discuție, caracterul tardiv al solicitării fiind evident.

Față de cele prezentate, Consiliul nu va reține ca întemeiate afirmațiile contestatoarei potrivit cărora autoritatea contractantă *„putea să invoce excepția tardivității contestației (...) doar în raport de nerespectarea termenului imperativ de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a din Legea nr. 10/2016 și nu per a contrario, în ceea ce privește critica formulată (...)”*, deoarece nimic nu a împiedicat societatea contestatoare să formuleze critici cu privire la mențiunea din DUAЕ, în termenul legal, care este unul imperativ, absolut, conform normei invocate mai sus chiar de către aceasta din urmă, astfel că nerespectarea acestuia conduce la pierderea dreptului procesual de a efectua actul de procedură supus unui astfel de termen.

De altfel, prin afirmația, din concluziile scrise nr. 916/17.05.2023, înregistrate la CNSC cu nr. 26594/17.05.2023, potrivit căreia *«întrucât în DUAЕ exista doar „descrierea situației privind Documentele constatatoare negative 2599 și 2600” din 14.09.2021»*, societatea ... confirmă faptul că a cunoscut de existența acestora încă de la completarea DUAЕ-ului (de către societatea ...), document, care, potrivit art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, reprezintă *„documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în*

declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”, autoritatea contractantă fiind obligată să-l accepte „la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor”, așa cum prevăd dispozițiile art. 193 alin. (1) din același act normativ.

Legat de acest aspect, Consiliul ține seama și de faptul că în conținutul Deciziei CNSC nr. ... din 23.03.2023 se menționează: *„Conform solicitării din cadrul adresei nr. 422/01.03.2023, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a transmis contestatoarei ... invitația de a studia dosarul constituit la C.N.S.C. Prin adresa nr. 466/09.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 12329/ 09.03.2023, ... a comunicat faptul că renunță la studierea dosarului.*

De asemenea, relevantă este și următoarea precizare a autorității contractante din punctul său de vedere nr. 51066/11.05.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 25400/11.05.2023: *„... avea posibilitatea de a contesta acest aspect prin contestația formulată inițial (...) întrucât ofertantul ... a prezentata de la început în cadrul DUAE descrierea situației privind Documentele constatatoare negativ 2599 și 2600 (...).”*

Mai mult, în condițiile în care societatea contestatoare a cunoscut numărul și data emiterii acestor documente respectiv: 2599/14.09.2021 și nr. 2600/14.09.2021, invocând portalul oficial www.portal.just.ro, care poate fi accesat de către oricine, se putea prevala de informațiile de pe portal, astfel încât să critice aceste aspecte, raportat la data la care a cunoscut despre admisibilitatea ofertei ..., întrucât stabilirea admisibilității ofertei în cauză a avut în vedere și acest aspect.

În concluzie, criticarea, la acest moment, printr-o altă contestație, a aceleiași oferte declarate admisibilă, asupra altor aspecte pe care nu le-a menționat în contestația inițială, Consiliul o va respinge ca tardivă, apreciind că invocarea unor nemulțumiri se raportează la primul moment în care contestatoarea, prin orice act al autorității contractante, a cunoscut informațiile asupra cărora avea obiecțiuni. De reținut, pe acest aspect, este și Decizia Curții de Apel Craiova nr. 2732/24.06.2018.

Referitor la excepția puterii de lucru judecat, invocată de autoritatea, în ceea ce privește solicitarea contestatoarei de respingere, ca inacceptabilă, o ofertei ..., deoarece nu ar executa, din punct de vedere legal, contractul, întrucât nu este autorizată *„să efectueze lucrări la instalațiile rețelele de gaze”*, Consiliul o va admite.

Relevantă, în justificare acestei concluzii, este Decizia CNSC nr. ... din 23.03.2023, menținută de Curtea de ..., în conținutul căreia se precizează:

«Referitor la oferta clasată pe locul al doilea, aparținând ..., Consiliul reține că și în privința acesteia contestatoarea susține că ofertantul în cauză „nu este autorizat să execute lucrările la instalațiile/rețelele de gaze”.

În ceea ce privește critica de mai sus, din analiza documentelor anexate dosarului cauzei, Consiliul reține că prin adresa nr. 478/04.01.2023, pag. 500, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei clasate pe locul al doilea (...), următoarea clarificare comună: „2. În caietul de sarcini, în cadrul lucrărilor ce se vor executa sunt cuprinse și «18. Ridicare la nivel guri de aerisire», categorie de lucrări prevăzută și în proiectul tehnic. În Formularul A, la pagina 2 s-a menționat «Ofertanții trebuie să asigure tot personalul și toate specializările necesare în vederea desfășurării activității sale, astfel încât să-și ducă la îndeplinire prezentul contract, la standardele de calitate solicitate și în conformitate cu prevederile legale aplicabile, astfel încât propunerea sa tehnică să fie fezabilă și sustenabilă». Vă solicităm să ne clarificați care dintre operatorii economici participanți la procedură au autorizația necesară executării acestor lucrări?”.

La solicitarea de mai sus, ... a răspuns prin adresa nr. 902/09.01.2023, pag. 501 – 524, astfel: „Răspuns clarificare nr. 2 – Referitor la solicitarea dvs. suntem în măsură să vă comunicăm că dispunem de personalul necesar pentru execuția lucrărilor de ridicare la cotă guri de aerisire, așa cum rezultă din declarația de la pagina 222 (...) vă transmitem autorizația ANRE și declarația de disponibilitate pentru persoana nominalizată”. Răspunsului în cauză i-au fost anexate și următoarele acte: declarație de disponibilitate, semnată în data de 10.11.2022, de către ..., în calitate de PFA și autorizația nr. 5240/27.01.2020, emisă de către AUTORITATEA NAȚIONALĂ DE REGLEMENTARE ÎN DOMENIUL ENERGIEI, care „atestă calitatea de instalator autorizat (...) din domeniul gazelor naturale”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge alegațiile contestatoarei din adresa de concluzii scrise nr. 454/07.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 11699/07.03.2023, potrivit căroră „în opinia sa, singurul mod legal de execuție fiind acela de a desemna un subcontractant” având în vedere Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 26 ianuarie 2023 în cauza C-403/21, care a avut obiect cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (România), prin decizia din 22 iunie 2021, primită de Curte la 29 iunie 2021, în procedura SC ... împotriva Județului Timiș cu participarea SC ..., și care privește, în mod direct, și această cauză, care a hotărât astfel: „Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

1) Articolul 58 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de aprobare a Directivei 2004/18/CE coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor

activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

2) Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.”

Relevantă, în speță este și Decizia CNSC nr. ... din 19.05.2022, menținută de Curtea de Apel București prin Hotărârea nr. 1650/22.06.2022.

Din interpretarea, în mod coroborat, a dispozițiilor instanței Uniunii Europene și a prevederilor documentației de atribuire, rezultă că pentru prestarea serviciilor în cauză, nu trebuie, în mod necesar, desemnat un subcontractant, fiind suficientă existența declarațiilor de disponibilitate, însoțite de avizele/autorizațiile aferente, în cazul de față, autorizarea ANRE pentru instalații de gaze naturale.

Consiliul va respinge și afirmațiile contestatoarei cu privire la modul de aplicare a deciziei instanței europene mai sus citată, având în vedere că potrivit T.F.U.E. (Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene), „Instanța națională destinată este ținută de interpretarea dată atunci când soluționează litigiul aflat pe rolul său. Hotărârea Curții de Justiție este în aceeași măsură obligatorie pentru celelalte instanțe naționale sesizate cu o problemă identică”.

De asemeni(e)a, Consiliul va respinge și alegațiile contestatoarei cu privire la momentul aplicării deciziei CJUE în cauză, deoarece, pe de-o parte, aceasta este de aplicare imediată, iar, pe de altă parte, data emiterii deciziei CJUE a fost 26.01.2023, înainte de finalizarea procesului de evaluare a propunerilor tehnice, în data de 09.02.2023, când autoritatea contractantă a elaborat raportul procedurii nr. 13812.

Totodată, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, pe baza principiului asumării răspunderii, stabilite de art. 2 alin. (2) lit. f) din

Legea nr. 98/2016, va fi cea responsabilă asupra modului în care ofertantul desemnat câștigător își va îndeplini, în mod legal, toate activitățile conținute de contractul de achiziție publică în cauză.

Mai mult, în condițiile în care autoarea contestației ar fi considerat că este necesar ca în cadrul documentației de atribuire să fie precizată autorizarea respectivă, privitor la modul de executare a serviciilor în cauză, se putea prevala fie de dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare simplificat/de concurs”, astfel încât să solicite autorității contractante clarificări în acest sens, fie să înainteze o contestație cu respectarea art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: „În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

În concluzie, față de cele expuse anterior, Consiliul va respinge ca nefondată critica contestatoarei asupra ofertei ..., în ceea ce privește autorizarea ANRE.»

Relevante, pe acest aspect, sunt dispozițiile art. 430 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, potrivit căroră: „Hotararea judecatorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricarui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea transată”.

Având în vedere cele prezentate anterior, întrucât criticile contestatoarei cu privire la oferta clasată pe primul loc, depusă de societatea ..., au fost respinse, pe care de excepție, deci desemnată câștigătoare, este evidentă lipsa de interes a contestatoarei în ceea ce privește criticile asupra ofertei clasată pe locul al doilea, aparținând Asocierii ...-..., deoarece chiar și în ipoteza în care, dacă ar fi întemeiate, rezultatul procedurii de desemnare câștigătoare a ofertei ... rămâne neschimbat, astfel că posibilitatea ca societatea ... să se claseze pe locul 1 este înlăturată.

Față de cele constatate, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite excepțiile invocate de către autoritatea contractantă și de către interveniente, și se va pronunța asupra contestației formulate de către societatea ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- va admite excepția tardivității referitoare la criticile asupra „documentelor constatatoare nr. 2599 și nr. 2600”;

- va admite excepția autorității de lucru judecat în ceea ce privește autorizația ANRE.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție înaintate de către societatea ... și de către societatea ..., lider al Asocierii ... –

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererile de intervenție înaintate de către societatea ... cu sediul în ... și de către societatea ..., lider al Asocierii ... – ..., cu sediul în

Admite excepțiile, invocate de către autoritatea contractantă și de către interveniente, și respinge contestația formulată de către societatea ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ..., astfel:

- ca tardive criticile referitoare la „documentelor constatatoare nr. 2599 și nr. 2600”;

- ca autoritate de lucru judecat în ceea ce privește autorizația ANRE.

Pe cale de consecință, admite cererile de intervenție înaintate de către societatea ... și de către societatea ..., lider al Asocierii ... –

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

Membru,

Membru,

...

Redactată în 6 (șase) exemplare originale, conține 33 (treizecișitrei) pagini