

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

DECIZIE

Nr. 1952/C3/1911,2038

Data: 16.09.2022

Prin contestația nr. 737/05.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 38969 din data de 05.08.2022, înaintată de S.A. ("....."), în calitate de lider al Asocierii formate din S.A.–..... S.A.–..... S.R.L., cu sediul în, ..., ..., ..., și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură situat în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de și convențional de avocat, formulată împotriva adresei nr. 17.A/1/409/29.07.2022, privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 17.A/1/400/29.07.2022, emise de entitatea contractantă, cu sediul în, ..., ..., în procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect "Proiectare și Execuție lucrări aferente obiectivului de investiții Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad" (Lot 1), ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului nr. CN1025423 din data de 19.10.2020, s-a solicitat anularea adresei nr. 17.A/1/409/29.07.2022, a raportului procedurii nr. 17.A/1/400/29.07.2022 și a actelor anterioare și/sau subsecvente acestuia, obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei Asocierii, precum și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

..... S.P.A., în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A, cu sediul în, ..., ..., ..., nr. înregistrare, reprezentată convențional de, cu sediul în, ..., ..., ce reprezintă și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, a depus la dosarul cauzei cerere de intervenție, înregistrată la CNSC sub nr./18.08.2022, prin care solicită admiterea în principiu și pe fond a acesteia și respingerea contestației promovate de S.A.

În aceeași procedură, ... S.A., în calitate de lider al Asocierii formate din S.A.–..... S.A.–..... S.R.L., cu

sediul în, și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la – Cabinet de Avocat, situat în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de și convențional de avocat, prin contestația nr. 746/18.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 41176/18.08.2022, a solicitat anularea adresei nr. 17.A/1/509/09.08.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 2: "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaș Gr. D – Arad", anularea raportului procedurii nr. 17.A/1/502/08.08.2022 și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de către Asocieria și S.P.A, în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei Asocierii și inadmisibilității și neconformității ofertei Asocierii S.P.A.

..... S.P.A, în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A, cu sediul în, ..., ..., ..., nr. înregistrare, reprezentată convențional de, cu sediul în, ..., ..., ce reprezintă și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, a depus la dosarul cauzei cerere de intervenție, înregistrată la CNSC sub nr. 43075/30.08.2022, prin care solicită admiterea în principiu și pe fond a acesteia și respingerea contestației promovate de S.A.

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

În luarea deciziei, CNSC, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 737/05.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 38969 din data de 05.08.2022, ... S.A. atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 17.A/1/409/29.07.2022, emisă de entitatea contractantă, prin care oferta Asocierii a fost respinsă, pentru nedepunerea garanției de participare împreună cu oferta.

Contestatoarea arată că, începând cu data depunerii ofertelor (23.02.2022) și, de altfel, pe tot parcursul evaluării, entitatea contractantă a avut la dispoziția sa garanția de participare, cunoscând, așadar, că este protejată față de riscul unui comportament necorespunzător al Asocierii pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire, fapt pentru care, în realitate, scopul pentru care a fost stabilită cerința privind garanția de participare a fost pe deplin atins.

Garanția de participare respectă întru totul cerințele documentației de atribuire, fiind emisă în raport de data, valoarea, conținutul și având forma impuse de către entitatea contractantă.

Răspunsul Asocierii este concludent în raport de situația de fapt. Prin clarificare, a fost retransmisă și în SEAP garanția de participare (depusă inițial, la data depunerii ofertelor, prin registratură), situația semnalată fiind clarificată.

În opinia contestatoarei, măsura de respingere a ofertei Asocierii este nelegală și netemeinică, întrucât scopul pentru care garanția de participare a fost constituită a fost pe deplin atins.

Entitatea contractantă a avut la dispoziția sa toate informațiile necesare pentru a cunoaște faptul că Asocierea a constituit garanția de participare, fiind, prin urmare, încălcat principiul proporționalității. Dispozițiile legale nu stabilesc o sancțiune expresă pentru omisiunea de a transmite, prin intermediul SEAP și semnată cu semnătură electronică, garanția de participare.

Dispozițiile legale invocate de către entitatea contractantă, prin actele atacate, nu stabilesc măsura respingerii ofertei față de nedepunerea garanției de participare prin intermediul SEAP.

Garanția de participare depusă de către Asocierea, în opinia acesteia, respectă întru totul cerințele prevăzute de Fișa de date, iar toate condițiile erau îndeplinite integral anterior termenului limită de depunere a ofertelor, iar acest aspect rezultă la o simplă analiză diligentă a prevederilor documentelor justificative care atestă constituirea garanției de participare (inclusiv a dovezii de plată, respectiv ordinele de plată a primei de asigurare, în care sunt menționate informațiile privind momentul emiterii, respectiv data de 23.02.2022 și ora 10:15).

Apreciază contestatoarea, conduita entității contractante denotă un formalism excesiv, încalcă principiul proporționalității, necesar a fi respectat în materia achizițiilor publice, atât timp cât scopul constituirii garanției de participare a fost atins prin complinirea acestei obligații anterior termenului limită de depunere a ofertelor.

Mai precizează contestatoarea că interpretările ANAP confirmă faptul că nu devine incidentă sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă dacă, prin răspunsul la solicitările de clarificări, ofertantul dovedește că a fost atins scopul pentru care a fost solicitată garanția de participare.

În opinia sa, interpretarea ANAP este perfect aplicabilă Asocierii, care a demonstrat că a respectat toate condițiile de formă impuse prin cerințele fișei de date, scopul pentru care a fost solicitată garanția de participare fiind, astfel, pe deplin atins.

Apreciază contestatoarea că omisiunea sa de a transmite garanția de participare prin intermediul SEAP nu a generat niciun prejudiciu concret entității contractante.

Având în vedere complexitatea și multitudinea de documente ce trebuiau transmise prin intermediul SEAP, o simplă eroare materială, altminteri susceptibilă de remediere și care nu conduce la o modificare a ofertei Asocierii, nu poate fi sancționată cu respingerea ofertei,

tocmai pentru că scopul constituirii garanției de participare a fost pe deplin atins.

Nici încălcarea principiului tratamentului egal nu poate fi reținută deoarece, în opinia contestatoarei, similar celorlalți participanți, Asocierea a constituit și a dovedit existența garanției de participare încă de la data depunerii ofertelor.

Încărcarea în SEAP și/sau depunerea acestei dovezi prin registratură reprezintă, în accepțiunea contestatoarei, o formalitate în raport de care entitatea contractantă putea și, de altfel, a și adresat clarificări de remediere cărora ofertantul le-a dat, explicit, curs.

Având o garanție de participare valabil constituită, anterior termenului limită de depunere a ofertelor, depusă prin registratură și, ulterior, și prin SEAP reprezintă un foarte corect motiv de a fi fost evaluată oferta, iar nu respinsă.

Apreciază contestatoarea că, având în vedere complexitatea și multitudinea de documente ce trebuiau transmise prin intermediul SEAP, o simplă eroare materială, altminteri susceptibilă de remediere și care nu conduce la o modificare a ofertei Asocierii, nu poate fi sancționată cu respingerea ofertei tocmai pentru că scopul constituirii garanției de participare a fost pe deplin atins, ... fiind pe deplin informată în acest sens.

Încărcarea în SEAP și/sau depunerea acestei dovezi prin registratură reprezintă o formalitate în raport de care entitatea contractantă putea și, de altfel, a și adresat clarificări de remediere, cărora ofertantul le-a dat curs.

În primul rând, omisiunea transmiterii garanției de participare prin SEAP este, în opinia contestatoarei, în realitate, un simplu viciu de formă ce poate fi acoperit prin răspunsul la solicitările de clarificări adresate în acest sens, deci cu atât mai mult trebuia să se evite respingerea ofertei dacă ele se aflau, în original, la dispoziția entității contractate.

Deși entitatea contractantă a solicitat clarificări privind garanția de participare, iar contestatoarea (apreciază aceasta) a dovedit că deține documentele probatorii, a respins oferta în mod excesiv formal.

În sensul celor susținute mai sus, contestatoarea invocă dispozițiile art. 221 din Legea nr. 99/2016, coroborate cu dispozițiile art. 140 din HG nr. 394/2016.

Opinează contestatoarea că nerespectarea modalității de depunere a garanției de participare nu a fost sancționată cu respingerea ofertei ca inacceptabilă, prin cerințele fișei de date.

Analizând cerința III.1.6.a) din fișa de date, se poate constata că omisiunea respectării obligației de a transmite garanția de participare nu a fost impusă sub sancțiunea respingerii ofertei. Practic, la momentul publicării documentației de atribuire, entitatea contractantă nu a adus la cunoștința ofertanților că va aplica o astfel de măsură în situația în care garanția de participare nu este transmisă, prin intermediul SEAP,

împreună cu oferta, măsura bazându-se, pe o interpretare ulterioară, discreționară și nefundamentată.

Mai consideră contestatoarea că temeiurile de drept invocate pentru respingerea ofertei Asocierii nu sunt aplicabile motivelor reținute în cadrul actelor atacate.

Concluzionează contestatoarea susținând că măsura respingerii ofertei Asocierii este nelegală și netemeinică, disproporționată și fundamentată pe un formalism excesiv, impunându-se, așadar, anularea actelor atacate, atât timp cât:

(a) la data depunerii ofertelor, Asocierea avea constituită garanția de participare, aceasta fiind pusă la dispoziția entității contractante care nu avea dreptul de a ignora aceste informații și documente;

(b) principiul proporționalității măsurii dispuse nu a fost respectat întrucât entitatea contractantă a avut la dispoziția sa garanția de participare pe toată perioada de evaluare a ofertelor (chiar de la data depunerii ofertelor), fapt pentru care a cunoscut că a fost atins scopul pentru care o astfel de obligație a fost impusă în sarcina ofertantului;

(c) dispozițiile legale și/sau cerințele documentației de atribuire nu stabilesc sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă urmare a netransmiterii garanției de participare, prin intermediul SEAP, semnată cu semnătură electronică.

În susținerea contestației, autoarea ei invocă jurisprudența Consiliului publicată în Buletinul Oficial, cea a Curților de Apel (Ploiești, Timișoara, ...), dar și a Curții de Justiție a Uniunii Europene (C-599/10, C-336/12, T-195/08), precum și Speța nr. 928 publicată în Biblioteca de Spețe.

Prin adresa nr. 17.A/1/10.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 39853/10.08.2022, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația promovată de către S.A., prin care solicită respingerea acesteia, ca netemeinică și nefondată.

În apărarea sa, entitatea contractantă învederează că vizualizarea ofertelor a avut loc în data de 24.02.2022, când a fost încheiat procesul verbal de vizualizare nr. 1, înregistrat la entitatea contractantă cu nr. 1.D/1/435/24.02.2022, și a fost solicitată ofertantului Asocierea clarificare privind garanția de participare depusă.

Ofertantul a dat curs solicitării de clarificări, răspunsul acestuia a fost analizat în procesul - verbal nr. 2, decizia comisiei de evaluare fiind cea comunicată ofertantului, respectiv de respingere a ofertei în conformitate cu prevederile art. 143 alin.(1) din HG nr. 394/2016.

Potrivit art. 44 din HG nr. 394/2016 , entitatea contractantă poate să elibereze/restituie garanția de participare numai după finalizarea procedurii de atribuire, respectiv după semnarea contractului de achiziție sectorială sau anularea procedurii de atribuire, fapt ce denotă că entitatea contractantă pentru a o putea returna, trebuie ca aceasta să fie

în posesia sa, situație care nu a reflectat realitatea, întrucât la data deschiderii ofertelor contestatoarea nu a avut încărcată în SEAP garanția de participare.

Cu privire la critica contestatoarei privind încălcarea principiului proporționalității, entitatea contractantă precizează că, din contra, acceptarea documentelor privind constituirea garanției de participare ar fi dus la încălcarea principiilor transparenței și al tratamentului egal.

Atât timp cât informațiile și condițiile de participare la licitație au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedura de achiziție, prin publicarea în instrucțiuni pentru ofertanți (fișa de date) și anunțul de participare în care sunt detaliate regulile de participare la licitație apreciază entitatea contractantă că, contestatoarea avea posibilitatea să întreprindă toate demersurile ce se impuneau pentru a respecta cerințele cu privire la garanția de participare.

Cu atât mai mult, în fișa de date a achiziției se prevede foarte clar că procedura de atribuire se desfășoară online, toate documentele aferente procedurii fiind necesar a fi încărcate în SEAP, inclusiv garanția de participare.

Fișa de date a achiziției prevede următoarele: IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei: *"Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condițiile prevăzute de lege.*

Ofertanții trebuie să transmită Oferta și documentele asociate doar în format electronic, conform instrucțiunilor din prezentul document, și doar prin încărcarea acestora în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic, cel târziu până la data și ora limită specificate în Anunțul de participare pentru primirea Ofertelor. Nu se accepta oferte alternative.

*Adresa la care se depune oferta și documentele de înscriere: SEAP-
<https://e-licitatie.ro> Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majora, cad în sarcina operatorului economic.*

Entitatea contractanta are dreptul să solicite în original orice document cu regim special a cărui valabilitate este condiționată de prezentarea în această formă.

Orice documente emise de alte instituții/autorități/entități și prezentate în vederea atestării îndeplinirii cerințelor din DA vor fi semnate și, după caz, stampilate, de instituțiile/autoritățile/entitățile emitente și vor fi transmise Autorității Contractante, la solicitarea acesteia, prin mijloace electronice, semnate electronic de ofertant cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Documentele solicitate vor fi numerotate, semnate și stampilate (acolo unde este cazul) și apoi scanate în format lizibil, se vor depune în SEAP și vor purta semnătură electronică extinsă a ofertantului, conform prevederilor cu art. 67 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016."

Sușinerile contestatoarei privind îndeplinirea tuturor cerințelor din documentația de atribuire sunt trunchiate și prezentate cu scopul de a induce în eroare Consiliul. În ce privește modalitatea de transmitere a garanției de participare.

Entitatea contractantă a prevăzut în mod clar, prin documentația de atribuire, faptul că oferta și documentele care o însoțesc se depun doar în SEAP.

Referitor la justificările contestatoarei privind valabilitatea garanțiilor de participare: *"Toate aceste condiții erau îndeplinite integral anterior termenului limită de depunere a ofertelor, iar acest aspect rezultă la o simplă analiză diligentă a prevederilor documentelor justificative care atestă constituirea garanției de participare, inclusiv a dovezii de plată, respectiv ordinele de plată a primei de asigurare, în care sunt menționate informațiile privind momentul emiterii, respectiv data de 23.02.2022 și ora 10:15",* entitatea contractantă face precizarea că aceste aspecte nu au făcut obiectul analizei comisiei de evaluare, contestatoarea încercând să denatureze motivul respingerii ofertei.

Deși contestatoarea afirmă că *"a depus toate diligentele necesare pentru a depune la Garanția de participare",* în opinia entității contractante, aceasta nu a luat în considerare și cerințele din documentația de atribuire, care au prevăzut depunerea documentelor doar prin intermediul platformei electronice SEAP, facilitate ce a fost instituită de legiuitor tocmai în scopul de a trata cu aceeași măsura toți operatorii economici participanți la procedură, cu un efort minim din partea lor, respectiv de a scana și încărca în SEAP toate documentele solicitate de entitatea contractantă.

Încadrarea de către contestatoare a situației create de aceasta prin neîncărcarea în SEAP la data limită de depunere a ofertelor a garanției de participare, ca fiind o *"simplă eroare materială",* entitatea contractantă o consideră o abordare superficială a situației, demonstrând faptul că Asocierea a tratat participarea la prezenta procedură de atribuire cu lipsă de profesionalism, neluând în considerare toate cerințele și criteriile de participare solicitate de entitatea contractantă prin documentația de atribuire.

Deși contestatoarea afirmă că *"omisiunea transiterii garanției de participare prin SEAP este, în realitate, un simplu viciu de formă (...)",* entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că, potrivit art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror

corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Or, în cazul de față, în opinia entității contractante, nu poate fi considerată o eroare sau o emisiune din cadrul unui document, întrucât informațiile privind constituirea garanției de participare nu se regăsesc în niciunul din documentele încărcate de contestatoare în SEAP, în cadrul ofertei. Mai mult la solicitarea comisiei de evaluare, transmisă ofertantului, privind, indicarea fișierului/documentului în care a fost încărcată în SEAP garanția de participare, ofertantul nu a răspuns, neindicând fișierul.

Invocarea de către contestatoare a încălcării principiului proporționalității, în opinia entității contractante, nu face decât să încerce să inducă în eroare Consiliu, prin ignorarea celorlalte principii prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Omiterea depunerii de către contestatoare a garanției de participare în SEAP poate fi raportat la un eventual prejudiciu pentru ofertanți, acest fapt putând fi apreciat ca fiind un tratament preferențial aplicat contestatoarei, în detrimentul celorlalți ofertanți.

Consideră entitatea contractantă că trebuie avut în vedere și faptul că garanția de participare depusă de contestatoare la G.E.I.P. (..... S.A.) nu a întrunit condițiile de valabilitate ale acesteia, conform celor stipulate în polița de asigurare, respectiv prevederea potrivit căreia *"polița intră în vigoare prin plata primei de asigurare de asigurat"*, aceasta nefiind însoțită de dovada plății.

Prin solicitarea de clarificări formulată de comisia de evaluare, entitatea contractantă a dorit să clarifice doar dacă contestatoarea a încărcat în SEAP garanția de participare, și nicidecum nu a solicitat depunerea garanției de participare în SEAP.

Acceptarea unei garanții de participare care a fost depusă cu încălcarea principiilor ce guvernează prezenta procedura de achiziție sectorială ar duce și la lezarea intereselor celorlalți participanți la procedură care au înțeles să respecte regulile de participare, așa cum au fost definite prin documentația de atribuire.

Referitor la capătul de cerere privind solicitarea contestatoarei privind obligarea la plata cheltuielilor de judecată, entitatea contractantă solicită respingerea acestui capăt de cerere, întrucât, pe parcursul procedurii de atribuire, nu a făcut decât să pună în aplicare prevederile legale incidente prezentei proceduri de achiziție sectorială.

Legalitatea deciziilor comisiei de evaluare pe parcursul derulării procedurii a, fost confirmată și de avizele conforme necondiționate emise de ANAP ca urmare a exercitării controlului ex-ante de către observatorii desemnați, potrivit Deciziei de verificare nr. 8597/20.10.2020 - Anexă la Ordinul ANAP nr. 2152 modificat prin Ordinul nr. 400/25.03.2022.

Mai mult ,consideră neîntemeiată solicitarea contestatorului, de plată a cheltuielilor de judecată, întrucât decizia de a contesta rezultatul procedurii este strict opțiunea contestatoarei.

Odată cu întreprinderea acestui demers și-a asumat și obligațiile ce îi revin prin promovarea contestației, în speță cheltuielile de judecată.

Entitatea solicită Consiliului să respingă cererea de plată a cheltuielilor de judecată, ținând cont de faptul că însăși contestatoarea este indecisă în ce privește solicitarea promovată și că nu au fost cuantificate și dovedite.

Prin adresa nr. 744/18.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 41028/18.08.2022, contestatoarea a transmis (prin e-mail) note scrise, prin care face o sinteză a argumentelor dezvoltate pe larg în cuprinsul contestației.

Prin cererea de intervenție, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /18.08.2022, ... S.P.A, în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A a solicitat admiterea în principiu și pe fond a acesteia și respingerea contestației promovate de S.A.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție, intervenientul precizează, față de contestația Asocierii, și de calitatea Asocierii S.P.A, de ofertant câștigător al procedurii de achiziție publică, că este în drept să promoveze cererea de intervenție, având în vedere faptul că o eventuală admitere a contestației va avea implicații asupra drepturilor sale.

Subliniază intervenientul faptul că, prin promovarea cererii de intervenție, urmărește conservarea dreptului său, de ofertant câștigător al procedurii, astfel că, în acord și cu practica judiciară în acest sens, începând cu data publicării contestației, justifică un interes legitim pentru promovarea cererii de intervenție, aceasta fiind admisibilă raportat la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Intervenientul a solicitat și accesul la dosarul constituit la Consiliu (accesul la dosarul achiziției).

În opinia intervenientului, decizia entității contractante, de respingere a ofertei Asocierii ,este temeinică și legală.

Intervenientul opinează că, din analiza contestației și a documentelor puse la dispoziție, în format anonimizat, de către entitatea contractantă, cu privire la motivele pentru care oferta Asocierii a fost respinsă, precum și cu privire la susținerile contestatoarei asupra acestor motive, se desprind următoarele concluzii:

Motivele pentru care, în mod corect, oferta a fost respinsă sunt următoarele:

(a) Asocierea nu a respectat prevederile legale cu privire la modalitatea de constituire și prezentare a garanției de participare;

(b) Răspunsul la solicitarea de clarificare adresată de către entitatea contractantă a fost neconcludent.

În opinia intervenientului, întreaga contestație se bazează pe o interpretare distorsionată a realității, cât și pe ignorarea flagrantă a prevederilor legale ce reglementează modalitatea de prezentare a garanției de participare, prevederi ce își găsesc corespondent direct în documentația de atribuire.

În sensul celor menționate mai sus, intervenientul invocă prevederile art. 42 din HG 394/2016.

De asemenea, subliniază intervenientul că măsura de respingere a Ofertei a fost dispusă prin raportare la nerespectarea de către ofertant a prevederilor legale privind modalitatea de transmitere a garanției de participare, iar nu prin raportare la faptul că instrumentul de garantare nu ar respecta cerințele de formă impuse prin documentația de atribuire, chiar dacă mare parte din argumentația contestatoarei vizează acest aspect.

În privința rolului garanției de participare în cadrul ofertei, intervenientul citează prevederile art. 41 din HG nr. 394/2016: *Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei care are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.*

Prin urmare, în opinia intervenientului, garanția de participare este instrumentul obligatoriu ce trebuie transmis odată cu oferta, fiind inerent modului de prezentare a ofertei, și chiar ofertei, în sine.

De asemenea, pe lângă obligația legală impusă prin art. 42 alin. (4), cu privire la modalitatea de prezentare a garanției de participare, operatorii economici au și obligația de a respecta modalitatea de întocmire și prezentare a ofertei, impusă de către entitatea contractantă și descrisă în documentația de atribuire, elaborată în strictă concordanță cu art. 41 din Legea nr. 99/2016.

Potrivit fișei de date, Cap. "IV.4.3 - Modul de prezentare al ofertei", ofertanții sunt obligați să transmită oferta și documentele asociate doar în format electronic și doar prin încărcarea acestora în SEAP cel mai târziu până la data și ora limită specificate în anunțul de participare.

În aprecierea intervenientului, afirmațiile contestatoarei cu privire la transmiterea garanției de participare prin intermediul corespondenței scrise demonstrează cu evidență faptul că ofertantul nu a respectat prevederile legale cu privire la modalitatea de transmitere a garanției de participare.

În legătură cu modalitatea de transmitere a garanției de participare, intervenientul arată că, numai în varianta în vigoare până în anul 2018 a art. 42 din HG nr. 394/2016, garanția de participare trebuia prezentată entității contractante prin intermediul mijloacelor de comunicare off-line.

Din analiza modificărilor legislative și a versiunii în vigoare la momentul actual, un singur element a rămas neschimbat, și anume

faptul că prezentarea garanției trebuie să aibă loc cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, prin încărcarea în platforma SEAP.

Până în decembrie 2016, deși procedura se derula online, totuși legea impunea ca instrumentul de garantare (polița de asigurare, scrisoarea de garantare) să fie prezentat și în original, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, în temeiul art. 42 alin. (4) HG nr. 394/2016, însă în varianta actualizată a legii, ofertanții sunt obligați să transmită instrumentul de garantare numai electronic, prin intermediul platformei SEAP, sub sancțiunea expresă a respingerii ofertei ca inacceptabilă.

De asemenea, documentația de atribuire prevede, în mod expres și faptul că, odată cu transmiterea garanției de participare, ofertantul trebuie să facă și dovadă plății primei de asigurare.

Apreciază intervenientul că relevante în cauza de față sunt și prevederile legale care plasează în mod neechivoc riscul "greșelii" contestatoarei, de a nu transmite documentele indicate expres de lege și de către entitatea contractantă, ca fiind în sarcina sa.

Mai exact, modul în care Asocierea a înțeles să își formuleze și să își prezinte oferta, în opinia intervenientului reprezintă un risc aflat în sarcina sa, potrivit prevederilor exprese ale art. 131 din HG nr. 394/2016.

În sensul celor de mai sus, intervenientul invocă Decizia nr. 2771/16 decembrie 2021, pronunțată de către Curtea de Apel, în dosarul nr. 7535/2/2021, dar și jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-131/16, având ca obiect cerere de decizie preliminară introdusă de Krajow Izby Odwoławczej (Polonia) la 1 martie 2016 - Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik/Polskiemu Gómiectwu Naftowemu i Gazownictwu S.A, par 25 și 26, Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C-538/13, Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punctul 45, precum și Hotărârea din 24 mai 2016, MTHojgaard și Zublin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 37, Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Mcinova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31, Hotărârea Curții (camera a șasea) din data de 29 aprilie 2004 Comisia Comunităților Europene împotriva CAS Succhi di Frutta SpA. - C 496/99, paragrafele 108,109,110, Hotărârea C-92/00 HI, 2002, p. 1-5553, punctul 45 și Hotărârea C-470/99, Universale-Bau și alții (2002, Rec. p. 1-11617, punctul 91).

Subliniază intervenientul că documentația de atribuire, sub aspectul modalității de prezentare a garanției de participare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau interpretări ce tind să completeze prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016, cum pare că acționează contestatoarea, pentru a încerca să găsească o justificare pentru acțiunile sale.

În acest sens, intervenientul invocă Decizia nr. 2204/21 septembrie 2012, pronunțată de Curtea de Apel Iași - Secția de contencios administrativ și fiscal.

De asemenea, intervenientul apreciază că, contestatoarea încearcă să facă un transfer al culpei către comisia de evaluare față de respingerea ofertei sale, aspect contrazis de legislația și jurisprudență anterior citată.

Contestatoarea omite un aspect extrem de important, în întreaga sa argumentație, și anume faptul că măsura de respingere a ofertei a fost adoptată strict în considerarea prevederilor legale și ale documentației de atribuire și că răspunsul oferit la solicitarea de clarificare a entității contractante a fost neconcludent, prin strictă raportare la întrebarea expresă, adresată de către comisia de evaluare.

Documentul transmis prin intermediul registraturii nu face dovada respectării legii și a documentației de atribuire cu privire la modalitatea de prezentare a ofertei.

Precizează intervenientul că, analizând afirmațiile contestatoarei, a tras următoarele concluzii:

1. Aceasta vizează inducerea în eroare, făcând vorbire despre transmiterea garanției de participare în termeni ce ar putea, cu ușurință, să conducă către ideea că aceasta a fost transmisă până la data și ora limită de depunere a ofertelor prin SEAP;

2. Contestatoarea afirmă simplist și fals că nu există nicio prevedere legală care să dispună transmiterea garanției de participare prin SEAP;

3. Contestatoarea afirmă în mod eronat că legea nu ar prevedea și sancțiunea pentru nerespectarea obligației de a transmite garanția de participare la data și ora limită și în modalitatea indicată expres, însă, sancțiunea este reglementată și este aceea a respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Deși contestatoarea evită, în mod ostentativ, să aducă la cunoștința CNSC documentele din dosarul procedurii ce fac dovada ca SA a depus, o poliță de garanție prin serviciul Registratură a Companiei „..... SA” (abreviat ca „GEI” palat), persoană juridică străină de entitatea contractantă, documentul a intrat în posesia entității contractante doar în data de 24.02.2022 și garanția de participare nu a fost însoțită de dovada plății integrale, potrivit cerinței exprese din documentația de atribuire.

În orice situație, apreciază intervenientul, înregistrarea în cadrul serviciului registratură a „GEI” Palat nu atestă ora de înregistrare a

acesteia, în condițiile în care transmiterea garanției de participare putea fi făcută în mod valabil doar în platforma SEAP și doar până la ora și data limită de depunere a ofertelor.

Asocierea nu numai că nu a respectat modalitatea de prezentare a ofertei dar aceasta, prin transmiterea ulterioară a garanției de participare prin intermediul registraturii, nu a respectat nici termenul limită privind depunerea ofertelor.

Analizând procesul-verbal nr. 1 al ședinței de vizualizare și evaluare a garanției de participare, emis de către entitatea contractantă, rezultă, în opinia intervenientului, cu evidență că, în realitate, Asocierea nu a „omis” încărcarea garanției de participare în SEAP și nici nu a „remediat” această „eroare” în interiorul termenului limită privind transmiterea ofertelor.

Astfel, din procesul-verbal nr. 1, rezultă că Asocierea a încărcat oferta în SEAP la ora 14:49, la data de 23 februarie 2022.

Data limită de depunere a ofertelor a fost prelungită succesiv, iar potrivit clarificării din oficiu nr. 1.D/1/234 din data de 7 februarie 2020, ultima prelungire a termenului limită de depunere a ofertelor a fost până la data de 23.02.2022. Prin urmare, ofertanții aveau obligația de a transmite oferta și instrumentele de prezentare ale acesteia până la data de 23 februarie 2022, ora 15:00.

În tot cuprinsul contestației, Asocierea face mereu referire la data limită de depunere a ofertelor, ignorând, în mod voit, faptul că sintagma generică „data limită” înglobează, în mod obligatoriu, și ora limită de depunere a ofertelor stabilită de către entitatea contractantă.

Intervenientul solicită Consiliului să observe și să constate că, prin raportare la ora 14:49, data de 23 februarie 2022, moment la care Asocierea a încărcat în platforma SEAP oferta, este absurd să poată fie dată crezare tezei propuse de către contestatoare, în sensul în care acesta a sesizat „eroarea” privind neîncărcarea garanției de participare în SEAP și a remediat-o, prin depunerea acesteia la o registratura din cadrul clădirii unde se afla și sediul entității contractante în decurs de 11 minute. Astfel, întreaga argumentație a contestatoarei este demontată, aceasta neputând, din punct de vedere pur obiectiv, să efectueze următoarele demersuri în decursul a numai 11 minute:

- să realizeze că nu a încărcat în SEAP garanția de participare
- să redacteze scrisoarea de înaintare a garanției de participare
- să parcurgă drumul de la sediul operatorului economic lider de Asociere SA (.... sau, ...) până la sediul entității contractante (....., ...), respectiv o distanță de aproximativ 10 km/3,7 km.

Asocierea, în opinia intervenientului, nu avea constituită garanția de participare până la termenul limită privind depunerea ofertelor, respectiv societatea de asigurare nu emisese instrumentul de garantare.

Prin urmare, întreaga contestație pornește de la o premisă falsă, și anume aceea a constituirii garanției de participare în termen, aspect demontat de realitatea obiectivă în care s-a regăsit Asocierea

Acest fapt este confirmat și de transmiterea, numai ca urmare a solicitării de clarificare, a dovezii plății primei de asigurare.

Prin adresa nr. 1D/1/411/24.02.2022, Asocierea a transmis entității contractante numai garanția de participare, iar nu și dovada plății integrale a primei de asigurare.

Solicitarea de clarificare a entității contractante a vizat, exclusiv, indicarea fișierului în care a fost încărcată garanția de participare și nu transmiterea acesteia, ulterior expirării termenului de depunere a ofertei.

Prin raportare la modul clar și concis în care entitatea contractantă a formulat solicitarea de clarificare și prin raportare la faptul că, prin intermediul răspunsului său, Asocierea nu a răspuns la solicitarea de clarificare, nefiind în măsură să indice fișierul în cadrul căruia a transmis, prin intermediul platformei SEAP, garanția de participare, astfel încât, în mod corect, entitatea contractantă a conchis că răspunsul este neconcludent.

Subliniază intervenientul că solicitarea de clarificare nu a fost în sensul în care Asocierii i s-ar fi permis, în mod nelegal, transmiterea garanției și a dovezii de plată la momentul formulării răspunsului.

În ceea ce privește depunerea instrumentului de garantare în altă modalitate decât cea impusă de lege și prin nerespectarea termenului privind depunerea ofertei, prin răspunsul său la solicitarea de clarificare, nu numai că Asocierea a oferit un răspuns neconcludent, astfel cum bine a constatat entitatea contractantă, dar aceasta a încercat să își modifice oferta prin completarea acesteia, prin intermediul răspunsului la clarificări, fapt nepermis prin lege.

Astfel cum reiese din procesul-verbal de evaluare nr. 2, contestatoarea a încărcat în SEAP, odată cu răspunsul său din data de 02.03.2022, următoarele documente:

- Anexa răspunsului la solicitarea de clarificări ofertantul a încarnat în SEAP polița licitării seria GL nr. 0303015/23.02.2022, în cuantum de 10.000.000 lei cu valabilitate până pe 23.09.2022, emisă de S.A. (.....) însoțită de Certificat de Garantare de Clauza de Garantare, Condiții generale și dovada plății primei de asigurare constituită din 3 ordine de plată, după cum urmează:

1. OP din 23.02.2022 - Transaction Reference 16524898 - în valoare de 27.200 RON - S.A.;

2. OP din 23.02.2022 - Raiffeisen Bank nr. 714 - în valoare de 27.200 RON - S.A.;

3. OP din 23.02.2022- A3QF - BCR - în valoare de 28.000 RON - SRL.

Prin urmare, în opinia intervenientului, contestatoarea a încercat să completeze oferta transmisă într-o modalitate neconformă, transmițând garanția de participare și dovada plății primei de asigurare, ambele modalități fiind inadmisibile.

Apreciază intervenientul că este inadmisibil și contrar principiilor care guvernează domeniul achizițiilor publice (tratamentul egal, legalitate, transparența) să i se permită unui ofertant să depună documente obligatorii în etapa clarificărilor, în condițiile în care toți ofertanții trebuiau supuși acelorași exigențe prevăzute în documentația de atribuire.

În susținerea celor menționate mai sus, cu privire la respectarea principiilor ce guvernează procedurile de achiziție publică, intervenientul invocă Decizia nr. 5367/15.10.2018, pronunțată de Curtea de Apel, Decizia nr. 317 din data de 15.02.2022, pronunțată de aceeași instanță, Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 4974/2017, dar și jurisprudența CJUE.

Concluzionează intervenientul susținând că neprezentarea dovezii privind constituirea garanției de participare la data și ora-limită de depunere a ofertelor (în prezenta procedură stabilită la 28.08.2018, ora 15:00) și prezentarea acesteia, respectiv primirea de către entitatea contractantă prin curier a doua zi față de data stabilită, în 29.08.2017, reprezintă culpa exclusivă a contestatoarei, în speță fiind incident principiul de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nimeni nu își poate invoca propria culpă).

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41915/23.08.2022, contestatoarea S.A. a transmis (prin e-mail) note scrise cu privire la cererea de intervenție formulată de către S.P.A, prin care apreciază că aceasta este inadmisibilă și neîntemeiată în privința motivelor.

Învederează contestatoarea că entitatea contractantă nu a motivat decizia de respingere a ofertei Asocierii, nici în raport de dispozițiile art. 71 din HG nr. 394/2016, și nici în raport de art. 228 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, invocate pentru prima dată de către intervenient.

Prin invocarea art. 71 din H.G. nr. 394/2016 și a art. 228 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, în opinia contestatoarei, cererea de intervenție este inadmisibilă în raport de calitatea Asocierii S.P.A, de intervenient accesoriu în favoarea entității contractante, precum și în raport de scopul pentru care se poate formula cerere de intervenție.

În opinia contestatoarei, măsura respingerii ofertei conduce și la restrângerea artificială a concurenței, prin dezavantajarea nejustificată a Asocierii, întrucât nu există niciun motiv de fapt și de drept pentru care entitatea contractantă să nu accepte documentele aflate la dispoziția sa, care demonstrează că ofertantul a procedat în aceeași manieră cu ceilalți operatori economici implicați în procedură.

Față de aceste aspecte, contestatoarea apreciază că susținerile intervenientului sunt inadmisibile și, totodată, netemeinice.

Întrucât niciunul dintre aceste aspecte nu a fost reținut de către entitatea contractantă prin actele atacate, invocarea lor, pentru prima dată, prin cererea de intervenție este inadmisibilă, atât în raport de calitate Asocierii S.P.A de intervenient accesoriu în favoarea entității contractante, cât și în raport de scopul pentru care o astfel de cerere poate fi formulată, cu alte cuvinte, sunt inadmisibile criticile invocate de către Asocierea S.P.A care extind și completează motivele pentru care entitatea contractantă a respins oferta Asocierii, limitele investiției Consiliului fiind explicit tranșate prin contestația formulată de către SA, în raport de actele atacate.

Parțial, contestatoarea reiterează argumentele dezvoltate, pe larg, în contestația sa.

În replică, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 42817/29.08.2022, ... S.P.A a transmis punct de vedere cu privire la notele formulate de către S.A., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41915/23.08.2022, prin care solicită admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție, respingerea susținerilor S.A. din cadrul notelor scrise, precum și respingerea contestației acesteia.

Prin notele scrise, intervenientul învederează, referitor la solicitarea contestatoarei de a fi considerate inadmisibile susținerile S.P.A din cuprinsul cererii de intervenție că nu indică temeiul de drept al unei asemenea solicitări, pentru simplul fapt că nu există.

Cererea de intervenție se referă, în exclusivitate, la motivul de excludere reținut de către entitatea contractantă, în ceea ce o privește pe Asocierea

Limitele investiției CNSC sunt cele referitoare la contestarea de către Asocierea a deciziei entității contractante, de a-i fi respinsă oferta față de neîndeplinirea obligației de a prezenta garanția de participare precum și dovada plății integrale a primei de asigurare până la data și ora limită de depunere a ofertelor, în modalitatea de transmitere prevăzută de documentația de atribuire și de lege.

În sensul celor menționate mai sus, intervenientul prezintă un extras din Decizia Civilă nr. 2116/02.11.2021, pronunțată de Curtea de Apel - Secția a VIII - a Contencios Administrativ și Fiscal.

În opinia intervenientului, contestatoarea nu are dreptul și nici nu poate cenzura în vreun fel susținerile entității contractante și/sau ale operatorilor economici interesați, în sensul de a demonstra lipsa de temeinicie, de bază reală și de dovezi ale propriilor sale susțineri.

În același sens, contestatoarea nu face decât să valideze realitatea și corectitudinea argumentelor și dovezilor prezentate prin intermediul cererii de intervenție, solicitând, în schimb, Consiliului să refuze luarea

acestora în considerare, pentru simplul motiv că dovedesc corectitudinea deciziei de excludere a acesteia de către entitatea contractantă.

Pretinsa inadmisibilitate invocată de către contestatoare nu are niciun temei de drept și este lipsită de orice relevanță, prin raportare la dispozițiile exprese ale legii cât și ale practicii Curții de Apel

În altă ordine de idei, față de critica privind oferta sa, apreciază că, contestatoarea, extrem de experimentată în ceea ce privește procedurile de atribuire de mare complexitate, reprezentată în mod corespunzător de un profesionist al domeniului, cunoaște fără îndoială regimul juridic al solicitărilor de clarificare.

Mai mult decât atât, contestatoarea nu cunoaște care a fost obiectul solicitărilor de clarificare adresate de către comisia de evaluare altor operatori în contextul evaluării ofertelor tehnice și financiare, față de care legea reglementează în mod expres posibilitatea transmiterii unor documente.

Conformitatea ofertei Asocierii S.P.A nu face obiectul prezentului demers judiciar inițiat de către Asocierea și nici nu poate fi locul în care părțile să se lanseze în ipoteze imaginare referitor la motivele și obiectul solicitărilor de clarificare adresate celorlalți competitori pe parcursul evaluării ofertelor.

Încercările contestatoarei de a convinge CNSC că poate înfrânge, prin comportamentul său în cadrul procedurii de atribuire, dispozițiile exprese ale legii și ale documentației sub pretextul că și alți competitori au fost clarificați, în alte stadii ale procedurii, este împotriva oricărui principiu consfințit de legile achizițiilor publice.

Aceste principii nu au fost adoptate în cuprinsul legislației pentru ca, sub umbrela invocării acestora, să fie încălcate prevederile exprese, prohibitive ale legii, ci pentru a conduce activitatea autorităților publice în aplicarea exactă și nediferențiată a depozitărilor legii și documentației de atribuire.

Alegațiile contestatoarei rămân simple afirmații, complet nedovedite și nu scutesc în niciun fel pe aceasta de a produce dovezile reale din care să rezulte că oferta Asocierii ar îndeplini cerințele documentației de atribuire (obligatorii atât pentru entitate, cât și pentru ofertanți).

Asocierea nu a respectat prevederile legale cu privire la modalitatea de constituire și prezentare a garanției de participare.

Răspunsul la solicitarea de clarificare adresată de către entitatea contractantă a fost neconcludent.

Documentația de atribuire prevede în mod expres și faptul că, odată cu transmiterea garanției de participare, ofertantul trebuie să facă și dovada plății primei de asigurare.

Deși contestatoarea acuză intervenientul de interpretări limitative și oportuniste, dispozițiile legale sunt clare și exprese, în ceea ce privește sancțiunea aplicabilă în cazul neconstituirii garanției de participare.

Astfel, contrar afirmațiilor sale, sancțiunea pentru nedepunerea unei oferte conforme și acceptabile și care să respecte în totalitate cerințele documentației de atribuire este prevăzută în mod expres și constă în excluderea unui astfel de operator economic.

Solicitările Asocierii, în sensul în care CNSC ar fi obligat să ignore prevederile legale conținute în Legea nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, prin raportare la o culpă imaginară a entității contractante, în mențiunile inserate în procesele verbale de evaluare, sunt de asemenea, în opinia intervenientului, contrare legii.

Având în vedere susținerile contestatoarei, în sensul că entitatea contractantă ar fi avut la dispoziție garanția de participare „în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor”, intervenientul reiterează faptul că entitatea contractantă, în cadrul Fișei de date, a indicat în mod expres atât faptul că garanția de participare se va transmite electronic, cât și modul, și data și ora limită de transmitere a acestor documente.

Apreciază intervenientul că trebuie subliniat, de asemenea, că, deși, ofertanților li s-a solicitat și transmiterea în original a garanțiilor de participare, această solicitare din partea entității contractante s-a realizat numai după ce aceasta a constatat că, anterior, documentele fuseseră încărcate în SEAP, împreună cu oferta, până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

Cu siguranță contestatoarea a lecturat cu atenție conținutul proceselor-verbale de evaluare nr. 1 și nr. 2 și a înțeles pe deplin atât condițiile în care aceste documente au fost solicitate cât și împrejurarea că anterior, toți competitorii au înțeles să-și îndeplinească întocmai obligațiile care le confereau dreptul de a participa în cadrul procedurii de atribuire.

Întregul conținut, atât al contestației cât și al notelor scrise prezentate se poate caracteriza printr-un demers continuu de inducere în eroare, fără a lua în considerare că participanții la prezenta procedură sunt perfect capabili să lectureze și să înțeleagă pe deplin conținutul prevederilor legale și ale documentelor întocmite cu ocazia evaluării ofertelor de către entitatea contractantă.

Intervenientul, parțial, reiterează și argumente dezvoltate în cererea de intervenție.

Contestatoarea, prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 43028/30.08.2022, a transmis (prin e-mail) o cerere privind accesul la dosarul achiziției publice, inclusiv la documentele declarate confidențiale de către S.P.A.

Prin contestația nr. 746/18.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 41176/18.08.2022, ... S.A., în calitate de lider al Asocierii formate din S.A.–..... S.A.–.....S.R.L., a solicitat anularea adresei nr. 17.A/1/509/09.08.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii pentru Lot 2 - Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaș Gr. D – Arad, anularea raportului

procedurii nr. 17.A/1/502/08.08.2022 și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de către Asocieria și S.P.A, în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei Asocierii și a inadmisibilității și neconformității ofertei Asocierii S.P.A.

Cu titlu preliminar, contestatoarea solicită Consiliului să îi permită accesul la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor pe care le va considera relevante, apreciind că entitatea contractantă i-a restricționat nelegal accesul cu prilejul studiului dosarului achiziției publice la sediul său.

Mai precizează contestatoarea că nu i-au fost puse la dispoziție ,de către entitatea contractantă, documentele declarate de Asocieria S.P.A ca fiind confidențiale, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificare privind aceste componente ale ofertei, fără a i se prezenta vreo dovadă în acest sens.

În opinia contestatoarei, măsura de respingere a ofertei Asocierii, fundamentată pe omisiunea de încărcare în SEAP a garanției de participare, este abuzivă, disproporționată și neîntemeiată.

De asemenea, contestatoarea apreciază și că măsura de respingere a ofertei Asocierii, sub pretextul răspunsului neconcludent, este nelegală.

Contestatoarea reiterează argumentele dezvoltate în cadrul contestației 737/05.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 38969 din data de 05.08.2022, ce face obiectul dosarului nr. 1911/2022, care are ca obiect aceeași procedură - Lotul 1, situația lotului 2 fiind similară cu cea a lotului 1.

În altă ordine de idei, contestatoarea critică, pentru nelegalitate, decizia entității contractante de a desemna câștigătoare oferta Asocierii S.P.A.

Astfel, în opinia contestatoarei, oferta Asocierii S.P.A. se impune a fi exclusă, urmare a incidenței dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016, motivat de faptul că acest operator economic s-a făcut vinovat de declarații false/inexacte în informațiile transmise entității contractante privind executarea necorespunzătoare a unui contract de achiziție publică care a condus la rezilierea acestuia și de încălcări grave ale contractelor anterioare de natură a fi condus la încetarea anticipată a acestora sub sancțiunea de daune-interese.

Asocieria S.P.A. și-a încălcat, apreciază contestatoarea, în mod grav și repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică și nu a adus la cunoștința entității contractante aceste aspecte, devenind, astfel, incidentă sancțiunea impusă de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. h) și g) din Legea nr. 99/2016.

..... S.P.A. (actuală S.P.A.) nu a executat corespunzător, în mod grav și repetat, obligațiile principale asumate în cadrul contractului "6R1 de proiectare și execuții - Reabilitare DN 79 Arad - Oradea, km 4+2T0 - km 107+745", încheiat cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, fapt ce a determinat atât rezilierea acestui contract, cât și aplicarea penalităților de întârziere.

Această situație nu a fost adusă la cunoștința entității contractante, de către S.P.A.

Atât din modalitatea de completare a DUAЕ, cât și din evaluarea entității contractante, în opinia contestatoarei, rezultă explicit că, în realitate, entității contractante i s-a ascuns încadrarea S.P.A. în motivele de excludere, fapt pentru care nici nu putea proceda la vreo astfel de analiză.

Ofertele au fost depuse în procedura de atribuire la data de 23.02.2022, moment la care S.P.A. cunoștea, atât faptul că acest contract de achiziție publică a fost reziliat, urmare a conduitei sale, cât și faptul că au fost aplicate penalități.

Apreciază contestatoarea că este relevant în acest sens faptul că raportul emis de S.A., prin care s-au constatat aceste aspecte, a fost emis în data de 15.02.2021 (Raport nr. 19A/4871/15.02.2021).

Preluarea S.P.A. (diviziunea S.P.A.) de către S.P.A. a fost înregistrată la oficiile Registrului Companiilor din Milano, Monza, Brianza, Lodi și respectiv Roma, și a intrat în vigoare începând cu data de 01.08.2021.

Preluarea fiind anterioară depunerii ofertei, ... S.P.A. trebuia să indice, în cadrul DUAЕ, informații despre conduita sa necorespunzătoare. Totuși, Asocieria S.P.A. nu a procedat astfel și, în cadrul DUAЕ, la secțiunea III. Motive de excludere, punctul C, nu a indicat executarea necorespunzătoare a acestui contract de achiziție publică.

Ofertanții au obligația de sinceritate față de entitatea contractantă, la momentul completării pe propria răspundere a declarațiilor DUAЕ.

Obligația de sinceritate are semnificație mai ales atunci când intervine un potențial caz de excludere. Sinceritatea ofertantului în formularul DUAЕ este primul pas în analiza credibilității acestuia. Dacă declară informații false, ofertantul își pierde credibilitatea, nemaivând posibilitatea răsturnării cazului de excludere.

Având în vedere că, la data depunerii ofertelor, ... S.P.A. era deja preluată de către S.P.A. și contractul de achiziție publică era reziliat, iar S.A. stabilise penalitățile de întârziere datorate pentru neexecutarea corespunzătoare a acestuia, în opinia contestatoarei, se impune excluderea Asocierii S.P.A. din procedura de atribuire, urmare a faptului că nu a transmis entității contractante informații corecte și sincere pentru verificarea incidenței cazurilor de excludere și nu a executat în mod necorespunzător obligațiile principale din cadrul

unui contract de achiziție publică anterior, conduită ce a condus atât la rezilierea contractului, cât și la aplicarea unor penalități de întârziere.

În susținerea celor precizate mai sus, contestatoarea face trimitere și la Comunicatul de presă de pe site-ul oficial al S.P.A., respectiv <https://www.....com/en/press-releases/fjress-release-italian-version-.....-iscrizione-dellatto-di-scissione-parziale>.

Contestatoarea mai solicită și repunerea în termenul procedural de contestare a ofertei depuse de către Asocieria S.P.A. de la data la care i se va permite studiul dosarului achiziției publice la sediul CNSC, invocând restricționarea accesului său la dosarul achiziției de către entitatea contractantă.

Apreciază contestatoarea, că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege, privind repunerea în termenul de contestare.

Potrivit art. 186 din CPC, partea care a pierdut un termen procedural va fi repusă în termen în situația în care demonstrează că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate.

În doctrina de specialitate, motivele justificate au fost definite ca fiind acele împrejurări care, fără a avea gravitatea forței majore, sunt exclusive de culpă, fiind piedici relative, iar nu absolute.

Astfel, condițiile impuse de rigorile art. 186 din CPC sunt îndeplinite, întrucât S.A., în calitate de lider al Asocierii, a depus toate diligențele pentru a obține accesul la dosarul achiziției publice, anterior expirării termenului legal de contestare.

Concret, precizează contestatoarea că a procedat la transmiterea, prin fax, către entitatea contractantă, a adresei nr. 1543/10.08.2022, prin care și-a manifestat intenția de a studia dosarul achiziției publice.

Deși acesteia i-a fost recunoscut dreptul la studierea dosarului achiziției, această recunoaștere a fost, în opinia sa, una strict formală întrucât, cu ocazia studierii dosarului achiziției publice singurele documente la care contestatoarea a avut acces au fost: 1. declarațiile de privind partea/părțile din ofertă care au caracter confidențial (însă nu și dovezile privind caracterul confidențial declarat) pentru Asocieria S.P.A., Asocieria Mapa și Asocieria Pizzarotti, declarațiile DUAE ale ofertanților participanți la procedură, însă anonimizate în partea care vizează secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională, 2. procesul-verbal nr. 42 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor DUAE și a documentelor care îl însoțesc, însă anonimizat în partea care vizează documentele competitorilor, 3. procesul-verbal nr. 89 de finalizare evaluare a propunerilor tehnice și 4. procesul-verbal de analiză nr. 102 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, însă nu și anexele acestora, respectiv analiza efectivă a propunerilor tehnice și financiare, solicitările de clarificări adresate de către entitatea contractantă referitoare la ofertele Asocierii S.P.A. și Asocierii FCC, însă și acestea anonimizate în partea care conține informații privind ofertele

celor două asocieri (incluzând referiri la DUAЕ, documente de calificare, oferte tehnice și financiare).

Concluzionează contestatoarea susținând că dreptul unui ofertant de a-i fi protejate secretele comerciale sau drepturile de proprietate intelectuală nu pot fi exercitate în mod abuziv.

Prin declararea drept confidențială a întregii oferte (propunere tehnică și propunere financiară, dar și a documentelor de calificare și clarificărilor privind aceste documente), Asocierea S.P.A., precum și entitatea contractantă, în opinia contestatoarei, au încălcat principiul transparenței și au anihilat dreptul său la un remediu eficace, garantat și protejat nu doar prin efectul Legii nr. 101/2016, dar și prin art. 24 din Constituția României și art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, direct aplicabilă în prezenta speță.

În susținerea celor precizate mai sus, contestatoarea invocă deciziile Consiliului în materie și a ale instanțelor de judecată.

În contradictoriu cu S.A., entitatea contractantă, prin adresa nr. 602/23.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 42081, a transmis (prin e-mail) punct de vedere prin care, cu privire la contestația promovată de către S.A. solicită respingerea acesteia ca netemeinică și nefondată.

În apărarea sa, entitatea contractantă învederează, cu privire la primul capăt de cerere, că vizualizarea ofertelor a avut loc în data de 24.02.2022, dată la care a încheiat procesul-verbal de vizualizare nr. 1, înregistrat la entitatea contractantă cu nr. 1.D/1/435/24.02.2022 și a fost solicitată ofertantului Asocierea clarificare privind garanția de participare depusă, prin adresa nr. 1.D/1/436/24.02.2022.

Ofertantul a dat curs solicitării de clarificări, răspunsul acestuia a fost analizat și a fost consemnat în procesul verbal nr. 2, decizia comisiei de evaluare fiind cea comunicată ofertantului, respectiv de respingere a ofertei, în conformitate cu prevederile art. 143 alin.(1) din HG nr. 394/2016.

Cu privire la capătul de cerere prin care este criticat rezultatul procedurii de atribuire, entitatea contractantă opinează că:

A) Cu privire la *"Nelegalitatea și netemeinicia măsurii de respingere a ofertei Asocierii "*

În ce privește afirmația contestatoarei *"..... a avut la dispoziția sa Garanția de participare încă din data de 23.02.2022, când ofertele au fost depuse. Asocierea a depus toate diligențele necesare pentru a pune la dispoziția Garanția de participare întocmai pentru a informa Entitatea contractantă despre faptul că aceasta este constituită și produce efecte juridice aferente, neexistând așadar nicio vătămare posibilă pentru și/sau vreo încălcare a principiului tratamentului egal (în raport cu alți participanți care, de asemenea, își constituiseră garanția anterior)"*, entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că, potrivit art. 44 din HG nr. 394/2016, aceasta poate să

elibereze/restituie garanția de participare numai după finalizarea procedurii de atribuire, respectiv, după semnarea contractului de achiziție sectorială sau anularea procedurii de atribuire, fapt ce denotă că entitatea contractantă, pentru a putea returna garanția, aceasta trebuie să fie în posesia entității contractante, situație care nu a reflectat realitatea, întrucât la data deschiderii ofertelor contestatoarea nu a avut încărcată în SEAP garanția de participare.

Cu privire la critica contestatoarei potrivit căreia entitatea contractantă nu a respectat principiul proporționalității: "*Raportat la obligația de a respecta principiul proporționalității măsurii dispuse, respingerea ofertei asocierii este excesivă atât timp cât Entitatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare, încă din data de 23.02.2022, pentru a constata că Garanția de participare a fost constituită anterior termenului limită de depunere a ofertelor (....), .. dintr-o eroare materială, documentele care dovedesc constituirea Garanției de participare nu au fost transmise prin intermediul SEAP*", apreciază entitatea contractantă că, contestatoarea este într-o gravă eroare, în accepțiunea asocierii, nedepunerea garanției la data și ora limită de depunere a ofertelor echivalând cu o eroare materială, însă contestatoarea trebuia să aibă în vedere că acceptarea ulterioară a documentelor privind constituirea garanției de participare ar fi dus la încălcarea principiilor transparenței și a tratamentului egal.

De asemenea, apreciază entitatea contractantă, se încearcă încă o dată distorsionarea faptelor cu scopul de a induce în eroare Consiliul, ținând cont de faptul că în data de 23.02.2022 garanția depusă la G.E.I.P. nu a fost însoțită de dovada plății primei de asigurare.

Invocarea de către contestatoare a încălcării principiului proporționalității, în opinia entității contractante, nu face decât să inducă în eroare Consiliul, prin ignorarea celorlalte principii prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, principii care i-au fost aplicate chiar și contestatoarei, atâta timp cât, în mod transparent, prin publicarea anunțului de participare le-au fost aduse la cunoștință tuturor operatorilor economici regulile de participare la prezenta procedura de achiziție în concordanță cu prevederile legale în vigoare.

În ceea ce privește principiul tratamentului egal prevăzut în Legea nr. 99/2016, principiu care guvernează prezenta procedura de atribuire, acesta nu poate fi aplicat preferențial doar unui ofertant, drept pentru care în aplicarea acestui principiu coroborat cu prevederile articolului 42 alin. (4) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă nu putea accepta prezentarea garanției de participare decât așa cum a fost stabilit prin fișa de date a achiziției, respectiv prin încărcarea în SEAP a acesteia până la data limită de depunere a ofertelor.

Atâta timp cât informațiile și condițiile de participare la licitație au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedura de achiziție, prin publicarea în

instrucțiunile pentru ofertanți și anunțul de participare în care sunt detaliate regulile de participare la licitație, apreciază entitatea contractantă contestatoarea avea posibilitatea să întreprindă toate demersurile ce se impuneau pentru a respecta cerințele cu privire la garanția de participare.

Cu atât mai mult, în fișa de date a achiziției se prevede foarte clar că procedura de atribuire se desfășoară online, toate documentele aferente procedurii fiind necesar a fi încărcate în SEAP, inclusiv garanția de participare.

Referitor la justificările contestatoarei privind valabilitatea garanțiilor de participare, entitatea contractantă precizează că acestea nu au făcut obiectul analizei comisiei de evaluare, contestatoarea încercând încă o dată să denatureze motivul respingerii ofertei.

Încadrarea de către contestatoare a situației create de aceasta prin neîncărcarea în SEAP la data limită de depunere a ofertelor, a garanției de participare, ca fiind o *"simplă eroare materială"*, consideră entitatea contractantă că este o abordare superficială a situației, demonstrând faptul că Asocieria a tratat participarea la procedura de atribuire cu lipsă de profesionalism, neluând în considerare toate cerințele și criteriile de participare solicitate prin documentația de atribuire.

Deși contestatoarea a afirmat că *"omisiunea transmiterii garanției de participare prin SEAP este, în realitate, un simplu viciu de formă"*, apreciază entitatea contractantă că în cazul de față nu poate fi considerată o eroare sau o omisiune din cadrul unui document, întrucât informațiile privind constituirea garanției de participare nu se regăsesc în niciunul dintre documentele încărcate de către contestatoare în SEAP, mai mult la solicitarea comisiei de evaluare transmisă ofertantului privind indicarea fișierului/documentului în care a fost încărcată în SEAP garanția de participare, ofertantul nu a răspuns, neindicând fișierul.

În opinia entității contractante, caracterul vădit tendențios al contestației poate fi dedus cu ușurință din simplul fapt că în tot cuprinsul contestației, contestatoare a evitat cu bună știință să amintească prevederile articolului 42 alin. (4) din HG nr. 394/2016, care obligă ofertanții de a încărca în SEAP garanția de participare până la data limită de depunere a ofertelor.

În subsidiar, prin promovarea contestației se încearcă obligarea entității contractante la încălcarea prevederilor articolului mai sus amintit, cu consecințe grave asupra comisiei de evaluare și respectiv a entității contractante.

Omiterea depunerii de către contestatoare a garanției de participare în SEAP poate fi raportată la un eventual prejudiciu pentru ofertanți, acest fapt putând fi apreciat ca fiind aplicarea unui tratament preferențial contestatoarei în detrimentul celorlalți ofertanți.

Subliniază entitatea contractantă, trebuie avut în vedere și faptul că garanția de participare depusa de contestatoare la G.E.I.P. (Grup

Exploatare Întreținere Palat C.F.R. SA) nu a întrunit condițiile de valabilitate ale acesteia conform celor stipulate în polița de asigurare, respectiv prevederea potrivit căreia polița de asigurare este valabilă "polița intră în vigoare prin plata primei de asigurare de asigurat", aceasta nefiind însoțită de dovada plății.

În ceea ce privește depunerea garanției de participare înainte de data limită de depunere a ofertelor la G.E.I.P., din numărul de înregistrare înscris pe adresa de înaintare reiese doar data la care aceasta a fost depusă, nu și ora depunerii, acest aspect fiind evitat cu bună știință a fi menționat de către contestatoare în cuprinsul contestației, în opinia entității contractante, tocmai în scopul de a induce în eroare Consiliul.

Prin solicitarea de clarificări formulată de către comisia de evaluare, entitatea contractantă susține că a dorit să clarifice doar dacă contestatoarea a încărcat în SEAP garanția de participare și nicidecum nu a solicitat depunerea garanției de participare în SEAP.

O astfel de solicitare a entității contractante ar fi dus la încălcarea principiului tratamentului egal, situație care ar fi putut conduce la eludarea legii în defavoarea celorlalți participanți la procedură.

În aprecierea entității contractante, din cuprinsul contestației reiese foarte clar că, pe de o parte contestatoarea admite faptul că nu a respectat modalitatea de transmitere a garanției de participare, dar pe de altă parte tinde să transfere culpa către comisia de evaluare, invocând faptul că, deși nu avea depusă garanția de participare la data și ora limită de depunere a ofertelor, nu s-a produs nici o vătămare entității și că aceasta a răspuns solicitării de clarificare, încărcând în SEAP garanția de participare, în data de 02.03.2022, ca răspuns la solicitarea de clarificări.

B) Referitor la nelegalitatea și netemeinicia desemnării câștigătoare a ofertei Asocierii, entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că decizia comisiei de evaluare este temeinică și legală și să mențină valabil raportul procedurii de atribuire, învederând că evaluarea și analiza documentelor depuse de către Asocierea desemnată câștigătoare se regăsesc detaliate în procesele verbale de analiză ale comisiei de evaluare, care sunt anexe la raportul procedurii.

Menționează entitatea contractantă faptul că Asocierea nu a avut acces la aceste procese verbale, întrucât conțin informații declarate ca fiind confidențiale, și solicită Consiliului să nu ia în considerare criticile aduse de către contestatoare ofertei depuse de către Asocierea, întrucât toate informațiile din cuprinsul contestației de la punctul B) sunt doar niște supoziții și niște presupuneri, fără a avea un fundament temeinic, contestatoarea neavând acces la documentele depuse de către Asocierea

Contestatoarea precizează că *"..... trebuie să verifice încadrarea ofertantului în cazurile de excludere pornind chiar de la declarațiile acestuia, onest completate la nivelul DUAE"*.

Comisia de evaluare/entitatea contractantă apreciază sfaturile contestatoarei, dar analiza și evaluarea documentelor DUAE și respectiv analiza și evaluarea tuturor ofertelor s-a realizat de către comisia de evaluare în conformitate cu prevederile art. 133 din HG nr. 394/2016, și cu respectarea documentației de atribuire și a legislației în domeniul achizițiilor sectoriale.

Concluzionează entitatea contractantă susținând că, având în vedere cele prezentate în punctul de vedere, consideră criticile contestatoarei ca fiind netemeinice și nefondate, drept pentru care solicită Consiliului să mențină rezultatul procedurii, așa cum a fost stabilit prin raportul procedurii nr. 17.A/1/ 502 din 08.08.2022.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 43075/30.08.2022, ... S.P.A, în calitate de lider al Asocierii S.P.A. – S.P.A – S.P.A, a solicitat admiterea în principiu și pe fond a acesteia și respingerea contestației promovate de S.A. pentru Asocierea

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție și respingerea ofertei S.A. motivat de faptul că aceasta nu a încărcat în SEAP a garanția de participare la data și ora stabilite de către entitatea contractantă în anunțul de participare, intervenientul reiterează argumentele invocate în cuprinsul cererii de intervenție și a notelor scrise formulate și depuse în dosarul nr. 1911/2022.

Intervenientul solicită Consiliului să constate inadmisibilitatea și netemeinicia capetelor de cerere prin care contestatoarea solicită repunerea în termen și accesul la documentele confidențiale din procedura de achiziție, considerând că, contestatoarea urmărește completarea așa-ziselor motive din contestația sa, formulate împotriva Asocierii S.P.A, mult peste termenul legal, ca urmare a unei prezumtive studieri a documentelor depuse de acesta.

Or, o astfel de solicitare de repunere în termen, în opinia intervenientului, nu poate fi admisă, în lumina prevederilor exprese ale art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, formularea și/sau motivarea contestației neputând să depindă de eventuala acceptare a cererii de studiere a dosarului.

În acest sens, intervenientul invocă Decizia nr. 2116/02.11.2021, pronunțată de Curtea de Apel, în dosarul nr. 5727/2/2021, dar și practica CNSC.

Legea specială este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate, motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice.

Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți.

În altă ordine de idei, intervenientul apreciază că inadmisibilitatea și netemeinicia cererii de repunere în termenul de contestare se impun a fi respinse raportat și la inexistența unui refuz nejustificat a entității contractante de a acorda acces la oferta S.P.A, scopul urmărit de către contestatoare fiind eludarea termenelor și condițiilor imperative precum și încercarea sa de a obține acces la documentele confidențiale ale ofertanților.

În ceea ce privește caracterul confidențial al informațiilor care compun ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire, astfel cum s-a reținut și în raportul procedurii, această confidențialitate a fost declarată, în mod expres de către ofertanți și probată.

În opinia intervenientului, refuzul entității contractante nu poate fi considerat abuziv sau nejustificat atâta vreme cât ofertanții au îndeplinit toate condițiile impuse de dispozițiile legale pentru a obține protecția informațiilor confidențiale incluse în cadrul ofertelor, invocând în acest sens art. 231 din Legea nr. 99/2016.

Precizează intervenientul că noțiunea de secret comercial are o definiție legală dată de art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale: *"d) secret comercial - orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim secret; protecția secretului comercial operează atât timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite în mod cumulativ."*

Informațiile care compun oferta unui participant la o procedură de atribuire dobândesc valoare comercială prin faptul că sunt secrete.

Într-adevăr, dacă aceste informații ar fi dezvăluite altor potențiali ofertanți, aceștia ar putea elabora oferte de aceeași calitate, anihilând astfel avantajul de know-how pe care ofertantul inițial și l-a creat prin propriile sale resurse (umane, financiare, tehnologice) și prin propria experiență anterioară.

În plus, în opinia intervenientului, valoarea comercială imprimată informațiilor prin caracterul secret este augmentată în cazul unor proceduri care, precum cea din speță, au ca obiect nu doar execuția unor lucrări, ci și proiectarea acestora, caz în care ofertele nu sunt limitate la elementele de preț, ci cuprind și soluții tehnice valorificabile sau cantități de materiale pe care ofertanții le pot determina în mod diferit, în funcție de cunoștințele și de experiențele proprii.

Nicio dispoziție din Legea nr. 101/2016 nu dă dreptul Consiliului de a permite accesul la ofertele depuse.

În acest sens alin. (3) al art. 19 din Legea nr. 101/2018 stabilește în mod expres și neechivoc, limitarea accesului la dosarul format în fața Consiliului, iar accesul la ofertele competitorilor nu se poate realiza în nicio situație în care aceștia nu-și exprimă acordul în acest sens.

Concluzionează intervenientul susținând că, Consiliul nu are niciun temei legal pentru a da curs solicitării contestatoarei, motiv pentru care solicită să fie respinse solicitările acesteia privind accesul neîngrădit la documentele și informațiile confidențiale și invocă jurisprudența Consiliului, jurisprudența instanțelor de judecată, dar și jurisprudența CJUE.

În ceea ce privește criticile formulate de către contestatoare cu privire la oferta Asocierii S.P.A., intervenientul apreciază că acest sunt lipsite de interes, nefondate și neîntemeiate.

În opinia intervenientului contestatoarea nu are interes să formuleze critici cu privire la oferta sa, motivat de faptul că oferta sa a fost respinsă de către comisia de evaluare, ca fiind inacceptabilă întrucât nu a fost încărcată garanția de participare și ca urmare a răspunsului neconcludent la solicitarea de clarificare.

În conformitate cu art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, în cazul în care o ofertă este catalogată, în concordanță cu normele legale în vigoare, ca fiind inacceptabilă, decizia pe care comisia de evaluare urmează să o ia nu este una lăsată la latitudinea sa, ci dimpotrivă.

O ofertă neconformă sau inacceptabilă nu poate ocupa un anume loc în cadrul clasamentului efectuat de comisia de evaluare, ulterior deschiderii ofertelor deoarece nu este o ofertă aptă a asigura executarea contractului ce ar urma să fie încheiat.

Așadar, în opinia intervenientului, contestatoarea nu are în vedere faptul că, pentru a solicita inadmisibilitatea ofertei Asocierii S.P.A., aceasta ar trebui să justifice, în sens legal, un interes legitim, născut și actual (Curtea de Apel, Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 3145 din data de 10.08.2017).

Unicul interes pe care îl poate astăzi justifica contestatoarea poate exista numai în legătură cu declararea ofertei sale ca inacceptabilă, însă această măsură a fost adoptată în mod legal, reprezentând o obligație a comisiei de evaluare (Curtea de Apel - Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 3811/01.07.2015).

Întemeierea contestatoarei pe dispozițiile privind cazul de excludere este, în opinia intervenientului, doar una aparentă, menită să justifice un demers care, în fapt, nu are suport legal, ci reprezintă un artificiu la care aceasta a recurs, considerând că poate obține infirmarea rezultatului procedurii.

Contestatoarea încearcă să inducă ideea că ofertantul câștigător era obligat să aducă la cunoștința entității contractante aspectele ce țin de executarea unui contract de către S.P.A., societatea ce a fost parțial preluată de către S.P.A.

Intervenientul detaliază de ce nu deținea obligația de a face vreo mențiune cu privire la acest contract în niciun moment al procedurii și anume: *jurisprudența constantă a CJUE a statuat că, în ceea ce privește motivele de excludere prevăzute ca facultative în cadrul Directivei privind achizițiile publice, statele membre au posibilitatea să stabilească criterii mai restrictive sau din contră mai permissive în ceea ce privește aceste motive, incluzând și acest motiv al încălcărilor repetate sau grave a obligațiilor contractuale care au dus inclusiv la încetarea anticipată a contractelor de achiziție publică și/sau aplicarea de penalități.*

Singura condiție care trebuie respectată este ca aceste criterii să respecte principiile care guvernează domeniul achizițiilor publice: transparența, tratament egal, proporționalitatea etc.

În cazul motivului de excludere prevăzut la art. 180 lit. g), având în vedere existența a două condiții ce trebuie întrunite cumulativ pentru a exista cazul de excludere, respectiv:

1. existența unei încălcări repetate sau grave și

2. existența unei încetări anticipate, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, dispozițiile legale naționale și practica instanțelor de judecată au consfințit obligația Autorității/Entității Contractante de a emite un document denumit certificat/document constatator, document în care consfințește îndeplinirea obligațiilor sau din contră eventualele prejudicii (Decizia nr. 386/2020, Decizia nr. 259/2019 și Decizia nr. 1492/2018 ale Curții de Apel).

Raportându-se la cele menționate mai sus, intervenientul apreciază că rezultă ,fără echivoc, că nu i se poate pretinde unui operator economic de bună credință să declare că s-ar afla în cazul de excludere prevăzut la art. 180 lit. g) atâta vreme cât nu există o constatare concretă a unei încălcări repetate sau grave a unei obligații contractuale.

Astfel, prin raportare la prevederile legislației naționale care stabilesc emiterea certificatelor constatatoare pentru certificarea neexecutării obligațiilor în cadrul contractelor de achiziție publică, lipsa unui asemenea document constatator se traduce în sensul în care autoritatea contractantă beneficiară nu a considerat că au existat încălcări grave sau repetate.

Câtă vreme autoritatea contractantă nu s-a considerat prejudiciată și nu a transpus propriile nemulțumiri în cuprinsul unui certificat constatator, cu siguranță nu se poate pretinde operatorului economic să considere ad absurdum că s-ar putea afla în situația de excludere menționată.

În susținerea celor de mai sus, intervenientul invocă ce a statuat Avocatul General în Cauza C - 267/2018 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA.

În opinia intervenientului, situația contractului *Reabilitare DN 79 Arad-Oradea* nu trebuia menționată, pe de o parte, deoarece calificarea comportamentului ca fiind incident unui caz de excludere nu era

previzibilă pentru operatorul economic, cum de altfel nici autoritatea contractantă nu a considerat că ar fi incident motivul de excludere, iar pe de cealaltă parte, pentru că acest contract, în integralitatea sa a fost executat de către S.P.A. anterior preluării de către S.P.A., ... S.P.A. neavând nicio calitate în prezenta procedură și, nu în ultimul rând, contractul a fost reziliat de către ambele părți, existând la data prezentei un arbitraj în derulare cu privire la cauzele exacte care au condus la reziliere.

Având în vedere aceste aspecte, este evident că ofertantul câștigător a acționat în mod legal și diligent, nefiind în situația în care ar fi trebuit să aducă la cunoștința entității contractante situația contractului Reabilitare DN 79 Arad - Oradea, deoarece nu se afla în cazul de excludere.

Ținând cont de faptul că inexistența vreunui caz de excludere, întreaga pledoarie a contestatoarei în legătură cu posibila incidență a cazului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. h) privind prezentarea unor informații false/inexacte de către ofertantul câștigător este lipsită în totalitate de relevanță, iar criticile invocate sunt profund neîntemeiate și trebuie respinse de către Consiliu, apreciază intervenientul.

În ceea ce privește acest contract, precum și documentul nr. 19A/4871/15.02.2021, invocat de către contestatoare, intervenientul precizează că:

- a înțeles care este contractul vizat de susținerile contestatoarei deoarece acest document nepublic, invocat și anexat prezentei, a mai fost invocat în cadrul unui alt dosar, respectiv dosarul nr. 1226/C6/2022, în care același reprezentant convențional, însă pentru un alt operator economic, a încercat invocarea acestui pretins motiv de excludere împotriva S.P.A.

- astfel cum a comunicat Consiliului și în acel dosar, existența acestui document nu a fost niciodată adusă la cunoștința sa (prima dată luând cunoștință de existența acestuia cu ocazia constituirii dosarului CNSC, nici măcar S.P.A nu avea cunoștință de acest document, deși a executat contractul respectiv), cu atât mai puțin S.P.A nu putea avea cunoștință despre conținutul acestuia

- contractul la care se face referire în contestație a fost reziliat de către ambele părți contractante, atât de către C.N.A.I.R, cât și de către S.P.A

- asupra legalității rezilierii inițiate de S.P.A., respectiv a nelegalității rezilierii C.N.A.I.R, la acest moment se află în curs o procedură arbitrală, cu privire la care nu a fost emisă nicio decizie

- independent de conținutul documentului respectiv, nicio încălcare de obligații contractuale, care să conducă la incidența vreunui motiv de excludere, nu a fost reținută în sarcina S.P.A, iar nu a emis niciun certificat constatator urmare a încetării respectivului contract

- În acest sens, relevantă este chiar poziția exprimată de către S.A. în calitate de autoritate contractantă și beneficiar al contractului reziliat, în cadrul dosarului aflat anterior pe rolul CNSC 1226/C6/2022, autoritatea contractantă arată neechivoc că nu s-a considerat îndreptățită să emită niciun document constatator în legătură cu execuția sau rezilierea contractului DN79, derulat cu S.P.A, ambele părți au reziliat contractul, nefiind vorba doar de o reziliere a S.A. În prezent, în legătură cu rezilierea, se află în curs o procedură arbitrală, fiind o chestiune litigioasă nesoluționată, iar documentul respectiv este strict un document intern al autorității contractante.

Subliniază intervenientul faptul că acest contract a fost executat de către S.P.A, și nu de către S.P.A, aceasta preluând, în parte, printr-o procedură de divizare parțială prin transfer pe S.P.A, operatorul care a fost implicat în derularea contractului DN79 Arad Oradea.

Preluarea parțială de către S.P.A, indicată de către contestatoare, nu presupune, în opinia intervenientului, în mod evident, preluarea derulării din trecut a unui contract, reziliat la data preluării.

În ceea ce privește mențiunea contestatoarei cu privire la aplicarea de penalități, din nou afirmațiile acesteia sunt nefundamentate, simple speculații fără nicio bază legală, pe baza aspectelor consemnate în documentul intern al S.A. la care a făcut referire.

Dincolo de aspectele mai sus învederate, pentru clarificarea situației faptului că netemeinicia aplicării penalităților menționate în acel document a fost ulterior confirmată în cadrul unei hotărâri arbitrale, intervenientul citează următoarele:

"CHAIR'S primary claim is a claim for delay damages under Sub-Clause 8.7 GC in the amount of 40.013.654,93 lei and for penalties under Sub-Clause 8.6 PC in the amount of 2.000.00 lei.

This claim is based on the total contract value,142 As such, it is incompatible with the Partial Award, which decided that any delay damages can only be based on the value of the Works which were not deemed to have been taken over according to point 4 of the dispositive section of the Partial Award. This follows clearly from points 7 and 8 of the dispositive section of the Partial Award which read as follows: 4. The Arbitral Tribunal decides that

a) the Works performed by under the Contract up to 25 April 2013 shall be deemed to have been taken over as from the date of 25 April 2013 and that."

Consideră intervenientul că afirmațiile contestatoarei sunt invocate cu rea-credință, raportându-se la faptul că, în mod cert, aceasta are cunoștință de inexistența unui certificat constatator pentru S.P.A./..... S.P.A, un astfel de certificat, dacă exista, ar fi trebuit să fie publicat în SEAP de către autoritatea contractantă.

În plus, mai precizează intervenientul, astfel cum se poate observa chiar din cuprinsul documentului anexat de către contestatoare, se face referire la existența unui dosar arbitral, respectiv dosarul nr. 22112/MHM, precum și la Hotărârea Arbitrală emisă în soluționarea acestuia, prin care S.A. a fost obligată să plătească către S.P.A importante sume de bani:

ICC CASE 22112/MHM

..... S.P.A (Italy)/.... S.A. (.....) (România)

AWARD

FOR THESE REASONS, having considered the evidence, submissions and document the Arbitral Tribunal does hereby render this Final Award:

Orders the Respondent to pay to the Claimant RON 45.495.070,93 and EUR 162.327.44.

Orders the Respondent to pay to the Claimant the Claimant financing charges based on the average monthly Base Rate of the Romanian National Bank plus 3% and compounded monthly on. the following amounts:

- a. RON 13.551.670.00 from 28 August 2014 until 17 December 2015;*
- b. RON 17.652.037,70 from 8 March 2016 until 17 August 2016;*
- c. RON 1.665.869,40 and EUR 140,170.14 for the period from 1 October 2014 up to 2 May 2017.*

Decides that Respondent should bear in full the costs of arbitration fixed by the Court at USD 500.000 and orders the Respondent to reimburse to the Claimant USD 250.000 with respect to these costs.

Orders the Respondent to reimburse to the Claimant RON 101.693,81, EUR 9.580,28 and GBP 560.686,57 with respect to its respective legal and other costs incurred in relation to this Arbitration.

All other requests and claims of the Parties are dismissed.

Place of arbitration: Paris, France

Dated this day: 12 December 2017

În altă ordine de idei, intervenientul pune în discuție modul (în opinia sa, cel mai probabil ilicit) în care contestatoarea a intrat în posesia documentului anexat contestației.

Acesta reiterează faptul că documentul nu a fost niciodată comunicat nici S.P.A și nici S.P.A, chiar dacă informațiile conținute în cadrul său poartă asupra unui contract de achiziție publică ce i-a fost atribuit societății S.P.A și care a fost executat de către aceasta.

Ba mai mult, subliniază intervenientul, documentul este un raport intern al S.A. și se întreabă cum a fost posibil ca un operator economic, competitor al Asocierii S.P.A, să intre în posesia unui document intern al autorității contractante ce cuprinde informații

referitoare la activitatea unuia dintre competitorii săi în piața construcțiilor.

În opinia intervenientului, este evident că intrarea în posesia documentului anexat nu s-ar fi putut produce în mod formal și legal, câtă vreme un astfel de înscris nu a fost niciodată comunicat nici măcar operatorului economic vizat, iar autoritatea nu a adoptat niciodată măsurile cuprinse în acel document.

Precizează intervenientul că din rațiuni de transparență și legalitate, solicită contestatoarei să indice atât acestuia, cât și Consiliului, modul în care a intrat în posesia documentului anexat și indicat în contestație.

În acest sens, intervenientul atrage atenția asupra faptului că, în lipsa dovedirii deținerii înscrisului în mod legal, acesta nu poate fi primit ca probă în sensul legii.

Concluzionând asupra celor expuse anterior, intervenientul solicită Consiliului să constate faptul că Asocieria nu și-a îndeplinit sarcina probei în ceea ce privește pretinsa existență a cazurilor de excludere, pentru considerentele expuse în cadrul cererii de intervenție, aspectele invocate formal de către contestatoare nu sunt motive de excludere în sensul Legii nr. 99/2016, aceasta acționând cu depășirea limitelor bunei conduite procesuale.

Prin urmare, având în vedere inexistența vreunui caz de excludere, afirmația contestatoarei în legătură cu posibila incidență a cazului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) litera h) privind prezentarea unor informații false/inexacte de către ofertantul câștigător este lipsită în totalitate de relevanță, iar criticile invocate sunt profund neîntemeiate și trebuie respinse de către Consiliu.

Cu adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 44282/06.09.2022, contestatoarea S.A. a transmis (prin e-mail) note scrise cu privire la cererea de intervenție formulată de către S.P.A prin care precizează că motivele de respingere a ofertei Asocierii invocate prin cererea de intervenție sunt, în realitate, motive suplimentare inadmisibile și neîntemeiate.

În ceea ce privește criticile formulate de către S.P.A cu privire la respingerea ofertei contestatoarei pentru nedepunerea în SEAP odată cu oferta a garanției de participare, parțial, contestatoarea reiterează argumentele formulate și dezvoltate pe larg, atât în dosarul nr. 1911/2022 cât și în contestația ce face obiectul cauzei nr. 2038/2022.

În opinia contestatoarei, aceasta are interes în formularea criticilor față de oferta desemnată câștigătoare, atât timp cât a depus o ofertă care a fost respinsă în mod nelegal (aspect pe care îl contestă) și, practic, și-a menținut calitatea de ofertant pe tot parcursul evaluării.

Contestatoarea consideră că este prejudiciată de eroarea comisă de către entitatea contractantă care a evaluat oferta Asocierii S.P.A. în

mod vădit superficial ignorând incidența motivelor de excludere față de perspectivele evocate prin contestație.

În altă ordine de idei, contestatoarea apreciază că nu se află în situația de excepție, deoarece oferta sa nu a fost exclusă definitiv din procedura de atribuire.

Atât timp cât motivele de respingere nu au fost anterior analizate de către o instanță administrativă (sau jurisdicțională), măsura dispusă de către entitatea contractantă nu este definitivă și, în consecință, în opinia sa, contestatoarea deține calitatea de persoană vătămată de actele emise de către entitatea contractantă.

În opinia contestatoarei, intervenientul reinterpretează tendențios, atât dispozițiile legale aplicabile, cât și jurisprudența invocată.

Nicio dispoziție legală nu restricționează posibilitatea ofertantului respins de a critica oferta desemnată câștigătoare atât timp cât demersurile sunt concomitente, ci, dimpotrivă, jurisprudența CJUE statuează explicit că ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale.

Așadar, apreciază contestatoarea că are interes în formularea criticilor față de oferta declarată câștigătoare, întrucât nu este ofertant exclus definitiv din procedura de atribuire, având, astfel, posibilitatea de a critica atât modalitatea de evaluare a propriei oferte, cât și a celei desemnate câștigătoare.

În ceea ce privește cererea de intervenție, contestatoarea apreciază că Asocierea S.P.A. invocă critici și argumente inadmisibile pe calea cererii de intervenție.

În calitatea sa de intervenient în favoarea entității contractante, în opinia contestatoarei, Asocierea S.P.A. nu poate invoca motive de respingere a ofertei Asocierii care nu se regăsesc în actele atacate.

Principiile disponibilității, legalității, celerității, contradictorialității și dreptul la apărare statuează expres că învestirea Consiliului este limitată la legalitatea și temeinicia actului atacat și, implicit, la motivele abordate prin contestația promovată și, prin urmare, intervenientul nu poate invoca aspecte care nu se regăsesc în actele atacate, obiectul analizei Consiliului.

Așadar, criticile/motivele invocate prin cererea de intervenție nu sunt în competența de soluționare a Consiliului, fapt pentru care acestea sunt inadmisibile și, totodată, lipsite de interes, în contextul în care oferta intervenientului este desemnată câștigătoare, astfel cum s-a reținut și în jurisprudența CNSC.

Asocierea S.P.A. ar fi avut posibilitatea de a critica modalitatea de evaluare a ofertei contestatoarei, cu respectarea regulilor impuse de dispozițiile legale în acest sens (termenul de contestare și constituirea cauțiunii), însă nu a procedat astfel.

Cu toate acestea, formularea unor critici/motive noi față de evaluarea ofertei Asocierii, pe calea cererii de intervenție, conduce, în opinia contestatoarei, la eludarea dispozițiilor legale care stabilesc condițiile promovării unei contestații.

Prin cererea de intervenție, Asocierea S.P.A. poate doar să sprijine apărările entității contractante, fără, însă, a invoca noi motive/critici pentru menținerea respingerii ofertei Asocierii, mai precizează contestatoarea.

Încercarea intervenientului de a proba cu extrase Google maps imposibilitatea de a depune garanția de participare în termenul limită este, în opinia contestatoarei, speculativă și lipsită de relevanță, atâta timp cât nici măcar nu analizează posibilitatea practică ca documentele să fie printate/ semnate dintr-o locație aproape de sediul entității contractante (spre exemplu, la sediul asiguratorului), activitatea de înregistrare a garanției de participare la sediul entității contractante este independentă de activitatea de încărcare a ofertei în SEAP, neexistând o legătură temporară de simultaneitate sau de continuare a celor două activități, iar acest motiv nu a fundamentat măsura respingerii ofertei, astfel cum expres rezultă din actele atacate.

Din procesele verbale nr. 1 și nr. 2 nu rezultă că Asocierea S.P.A. ar fi depus, la rândul său, dovezile de plată a garanției de participare (nici în SEAP și nici în original) și, implicit, nici faptul că acestea ar fi fost vizate de către emitentul garanției.

Garanția de participare este semnată de către domnul în numele asiguratului, iar acest document este un act care nu trebuie să respecte condițiile impuse de către entitatea contractantă pentru asumarea ofertei și/sau semnarea cu semnătură electronică.

Contestatoarea reiterează motivele care conduc la admiterea contestației sale, motive pe care le-a dezvoltat, pe larg, în cuprinsul contestației sale.

Apreciază contestatoarea că entitatea contractantă a evaluat nelegal și netemeinic informațiile aflate la dispoziția sa.

..... S.P.A., în opinia contestatoarei, a confirmat tacit posibila incidență a cazurilor de excludere, prin raportare la situații oricum diferite de cele semnalate prin contestație, însă informarea adresată entității contractante a fost eliptică, insuficientă și neelocventă pentru a fi considerată o declarație pe propria răspundere actualizată și, implicit, pentru a se verifica încadrarea în situațiile de excludere.

În DUAЕ, ... S.P.A. nu a declarat explicit faptul că nu se încadrează în situația de „încetare anticipată, daune - interese sau alte sancțiuni compatibile”, ci a pretins că atașează „ca anexă la versiunea printată a DUAЕ Principalele riscuri și incertitudini”.

Pe de altă parte, Asocierea S.P.A. a informat că ar fi adoptat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea, făcând, din nou, trimitere la anexă.

O confirmare tacită a intervenientului privind anumite nereguli comise a survenit, aşadar, tocmai din faptul că a pretins că ar fi adoptat măsuri de reabilitare.

Aceste măsuri pot fi demonstrate doar în situația în care ofertantul consideră că se încadrează în motivele de excludere, fiind un demers ulterior confirmării neexecutării corespunzătoare a unui contract de achiziție publică.

Pentru a fi acceptat de către entitatea contractantă, DUAЕ ar trebui să reprezinte o declarație pe propria răspundere actualizată, fiind o dovadă preliminară prin care operatorul economic confirmă că ar îndeplini condițiile impuse de lege, inclusiv că nu se încadrează în motivele de excludere.

În acest context, ofertantul trebuie să formuleze explicit răspunsul său față de întrebările adresate, fără, însă, a eluda o astfel de obligație prin simpla indicare a unei explicații furnizate printr-o anexă (pe care, de altfel, omite să o depună).

Informațiile prezentate în DUAЕ depus de către S.P.A., în opinia contestatoarei, nu pot reprezenta o declarație pe propria răspundere actualizată în contextul în care ofertantul nu a indicat explicit situațiile în care se află.

Entitatea contractantă a evaluat superficial informațiile aflate la dispoziția sa, privind incidența cazurilor de excludere față de S.P.A., transformându-se, în realitate, într-un veritabil consultant al ofertantului, demers, în opinia contestatoarei, nepermis.

Analizând Anexa la DUAЕ, depusă doar urmare a unei solicitări de clarificări, iar nu de la momentul depunerii ofertei/DUAЕ, entitatea contractantă a considerat că „ofertantului S.P.A nu i-au fost aplicate sancțiuni care intră sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016", consideră contestatoarea că aceasta, deși a fost informată despre o executare necorespunzătoare a obligațiilor din cadrul unui contract de achiziție publică, entitatea contractantă a considerat că nu ar fi incident cazul de excludere strict în raport de faptul că nu ar fi fost reziliat contractul/nu s-ar fi aplicat daune.

În susținerea celor menționate mai sus, contestatoarea invocă Decizia nr. 101/19.01.2022 pronunțată în dosarul nr. 7549/2/2021 de Curtea de Apel, decizie invocată chiar de intervenient în cererea de intervenție, la pagina 35.

..... S.P.A. a transmis și DUAЕ revizuit ,în care a răspuns NU la întrebarea privind încadrarea în situația de „încetare anticipată, daune - interese sau alte sancțiuni compatibile".

O astfel de conduită a S.P.A., în opinia contestatoarei, se datorează exclusiv entității contractante care, considerându-se consultatul ofertantului, a permis redepunerea unui DUAЕ modificat, deși ofertantul însuși considera că ar fi incidente motivele de excludere,

situație față de care a considerat necesară adoptarea unor măsuri prin care să-și demonstreze credibilitatea.

Apreciază contestatoarea că entitatea contractantă nu a evaluat în mod diligent, corect și temeinic informațiile aflate la dispoziția sa, precum și faptul că S.P.A. a confirmat abateri (prin adoptarea măsurilor prin care să-și demonstreze credibilitatea), context în care se impune reevaluarea ofertei Asocierii S.P.A., în raport de aceste aspecte și, implicit, excluderea acestui ofertant.

Asocierea S.P.A. confirmă ,explicit, prin cererea de intervenție, faptul că nu a declarat Contractul 6R1, în cadrul căruia S.A. a notificat rezilierea, și nici penalitățile de întârziere datorate de către S.P.A., anterior depunerii ofertelor în cadrul procedurii de atribuire.

Precizează contestatoarea faptul că documentele probatorii pe care le-a depus, în susținerea criticii sale (complet ignorate de către entitatea contractantă la momentul formulării punctului de vedere) confirmă, îndeplinirea condițiilor impuse de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv: 1. S.P.A. (fostă) a executat în mod necorespunzător obligațiile principale din cadrul unui contract de achiziție publică.

Aceste abateri au condus atât la rezilierea contractului 6R1, cât și la stabilirea unor penalități de întârziere de către S.A.

În contextul îndeplinirii acestor două condiții, în opinia contestatoarei, oferta Asocierii S.P.A. se impune a fi exclusă din procedura de atribuire nu numai din perspectiva omisiunii declarării situației în DUAE (lit. h), ci și pentru că reprezintă o abatere evident gravă (lit. g).

Omisiunea S.A. de a emite un document constatat negativ

Dispozițiile legale nu restricționează aplicabilitatea motivului de excludere de emiterea unui astfel de document (care, de altfel, este doar un instrument de informare a terților), ci statuează că, în situația în care ar fi emis, să se verifice îndeplinirea celor două condiții anterior redată.

Prin urmare, independent de (ne)emiterea unui document constatat, motivul de excludere, în opinia intervenientului, trebuie analizat strict în raport de îndeplinirea celor două condiții (abatere confirmată și sancțiuni aplicate).

Independent de transmiterea sau nu a raportului către S.P.A., ofertantul a cunoscut atât faptul că a executat necorespunzător contractul, cât și faptul că abaterile sale au condus la rezilierea acestuia și la stabilirea unor daune de către

Pe de altă parte, derularea unui contract de achiziție publică implică o corespondență constantă între părțile contractuale, context în care devine incontestabil faptul că/..... S.P.A. au cunoscut concluziile S.A. privind derularea contractului 6R1 (cu atât mai mult cu cât pretind că le-ar fi și contestat).

Faptul că a fost preluat, prin divizare parțială prin transfer, de către S.P.A., prin reorganizarea, ... S.P.A. a preluat drepturile și obligațiile acestei societăți în mod proporțional cu partea preluată, deci, cu alte cuvinte, ... S.P.A. a preluat inclusiv efectele/ obligațiile rezultate din executarea necorespunzătoare a contractului 6R1, ambele sancțiuni, cât și neexecutarea corespunzătoare fiindu-i, așadar, imputabile la acest moment.

De altfel, deși susține că acest contract nu ar fi fost preluat, ... S.P.A. nu depune niciun document din care să rezultă o astfel de concluzie.

Decizia Tribunalului Arbitral ICC Paris din dosarul nr. 221122/MHM obligă S.A. la plata anumitor sume către, în contextul în care din raportul S.A. se confirmă faptul că acest dosar viza pretențiile solicitate de către, însă nu și pretențiile S.A. explicit, faptul că valoarea daunelor produse S.A., urmare a executării necorespunzătoare a obligațiilor asumate de către, sunt „considerabil mai mari”.

În acest sens, apreciază contestatoarea, relevante sunt următoarele concluzii ale S.A. din cuprinsul raportului: „Antreprenorul (...) nu a recunoscut datoriile acestuia către S.A., neincluzând în Memorandum promisiunea plății acestor datorii, ce sunt considerabil mai mari.”

Cu alte cuvinte, în opinia contestatoarei, ... S.P.A. se prevalează de o decizie care nici măcar nu analizează sancțiunile aplicate de către S.A. în cadrul contractului 6R1, fapt pentru care citarea tendențioasă și speculativă a anumitor pasaje demonstrează din nou lipsa de sinceritate a ofertantului, chiar și la acest moment.

Oricum, ce pretenții proprii ar fi avut împotriva respectivului beneficiar, în opinia contestatoarei, nu interesează speța de față care are a analiza doar incidența unei rezilieri și a unor penalități stabilite de către beneficiar și neinvalidate prin nicio hotărâre judecătorească.

Rezilierea contractului de către ambele părți, conform dispozițiilor legale, este un efect al executării necorespunzătoare a obligațiilor contractuale asumate de către ofertant apt să atragă excluderea, fără a distinge cu privire la aspectul evocat de către intervenient.

În acest context, chiar dacă și ar fi declarat rezilierea, relevant rămâne faptul că S.A. a considerat aplicabilă o astfel de sancțiune.

De altfel, extrasul Deciziei Tribunalului Arbitral, redat în conținutul cererii de intervenție, nu confirmă că rezilierea declarată de către ar fi fost găsită temeinică și, cu atât mai puțin, că s-ar fi invalidat cea declarată de către beneficiar, mai precizează contestatoarea.

Chiar dacă părțile s-au aflat în demersuri de soluționare a unor dispute, în opinia contestatoarei, această situație nu exonerează S.P.A. de obligația de a fi informat entitatea contractantă despre situația

intervenită și/sau de incidența motivelor de excludere atât timp cât S.A. confirmă îndeplinirea condițiilor impuse de pct. g) al art. 180 din Legea nr. 99/2016.

Disputa contractuală care vizează alte aspecte este complet nerelevantă și, cu atât mai puțin, penalitățile aplicate.

Opinia S.A. depusă în cadrul altui dosar, confirmă, de fapt, toate susținerile anterior redactate, apreciază contestatoarea.

..... S.A. nu se dezice de constatările din cadrul raportului său, ci susține doar că acesta este un document intern.

Apreciază contestatoarea că relevant este faptul că documentul există, iar existența și efectele produse de el nu sunt invalidate prin nicio altă poziție scrisă, ulterioară.

..... S.p.A., în urma studiului dosarului la sediul CNSC, prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 44906/09.09.2022, a transmis (prin e-mail) note scrise prin care reiterează capetele de cerere formulate în cererea de intervenție.

Prin notele scrise, intervenientul ridică excepția lipsei calității procesuale active a S.A., contestația acesteia, în opinia sa, a fost promovată, în mod nelegal, în numele Asocierii, acest operator economic nefiind, în realitate, liderul Asocierii și, pe cale de consecință, nedeținând dreptul de a reprezenta Asocierea.

Intervenientul prezintă un extras din acordul de asociere, potrivit căruia: "Acordul de Asociere semnat între cei trei membri limitează această posibilitate legală și o transformă în prerogativa liderului Asocierii, respectiv SA, astfel cum rezultă, atât din art. 4.1 din Acordul de Asociere: "părțile convin ca Liderul de asociere este SA [...] Liderul de Asociere va deține puterea de reprezentare a Asocierii în relația cu Beneficiarul".

În sensul susținerii celor menționate mai sus, intervenientul invocă Decizia civilă nr. 341/15.06.2020, pronunțată în dosarul nr. 12261/3/2019*.

Apreciază intervenientul că, contrar susținerilor contestatoarei, aceasta nu are interes în formularea criticilor față de oferta desemnată câștigătoare.

Deși contestatoarea critică intervenientul pentru reinterpretarea tendențioasă atât a dispozițiilor legale aplicabile, cât și a jurisprudenței invocate, susținând că nicio dispoziție legală nu ar restricționa posibilitatea ofertantului respins de a critica oferta desemnată câștigătoare, în opinia S.p.A. atât timp cât demersurile sunt concomitente, aceasta nu reușește să își fundamenteze această susținere.

Precizează intervenientul că jurisprudența pe care a citat-o nu distinge între demersuri concomitente și succesive, pentru a conchide cu

privire la lipsa de interes a contestării ofertei câștigătoare, câtă vreme propria ofertă nu este admisibilă.

În opinia sa, din contră, există o practică extrem de recentă, inclusiv a Consiliului, într-un alt dosar, în care intervenientul a fost parte, respectiv dosarul nr. 1226/C6/2022 ,ce a fost soluționat prin Decizia nr. 1410/C6/1226/07.07.2022, la care a făcut referire și în cererea de intervenție.

Pe lângă practica CNSC, intervenientul invocă și jurisprudența instanțelor de judecată (Curtea de Apel Cluj, Curtea de Apel Alba Iulia).

În altă ordine de idei, intervenientul precizează că cererea de intervenție pe care a formulat-o se circumscrie motivului de excludere notat de către entitatea contractantă, în ceea ce-o privește pe contestatoare.

Solicitarea contestatoarei de a fi considerate inadmisibile susținerile din cuprinsul cererii de intervenție, apreciază intervenientul, nu indică temeiul de drept al unei asemenea solicitări pentru simplul fapt că nu exista.

Cererea de intervenție se referă în exclusivitate la motivul de excludere, reținut de către entitatea contractantă, în ceea ce o privește pe Asocierea

Mai mult, limitele investirii CNSC sunt cele trasate chiar de către contestatoare, referitoare contestarea de către Asocierea a deciziei entității contractante de a-i fi respins oferta față de neîndeplinirea obligației de a prezenta garanția de participare, precum și dovada plății integrale a primei de asigurare până la data și ora limită de depunere a ofertelor, în modalitatea de transmitere prevăzută de documentația de atribuire și de lege.

Contestatoarea nu are dreptul și nici nu poate cenzura în vreun fel susținerile entității contractante și/sau ale operatorilor economici interesați în sensul de a demonstra lipsa de temeinicie, de baza reală și de dovezi ale propriilor sale susțineri.

În același sens, contestatoarea nu face decât să valideze realitatea și corectitudinea argumentelor și dovezilor prezentate prin intermediul cererii de intervenție, solicitând, în schimb, Consiliului să refuze luarea acestora în considerare pentru simplul motiv că dovedesc corectitudinea deciziei de excludere a acesteia de către entitatea contractantă.

Mai mult decât atât, C.N.S.C. are obligația să analizeze actele vătămătoare ale entității contractante, subiect al contestației, prin prisma atât a documentației de atribuire cât și a legislației în materia achizițiilor publice, putând chiar solicita atât entității contractante cât și contestatoarei și alte mijloace de probă față de cele deja prezentate în fața sa.

În ceea ce privește apărările contestatoarei cu privire la îndeplinirea obligației de a depune garanția de participare, precum și

dovada plății integrale a primei de asigurare până la data și ora limită de depunere a ofertelor, în modalitatea de transmitere prevăzută de documentația de atribuire și de lege, intervenientul reiterează argumentele dezvoltate pe larg în cadrul cererii de intervenție.

Apreciază intervenientul că, prin notele scrise depuse la dosarul cauzei, contestatoarea nu a contrazis cele susținute prin cererea de intervenție, cu privire la următoarele aspecte:

1. SA a depus o poliță de garanție prin serviciul Registratură a Companiei „Grup Exploatare și Întreținere Palat SA” (abreviat ca „GEI” palat), persoană juridică străină de entitatea contractantă;

2. Numărul de înregistrare din data de 23.02.2022 este al serviciului Registratură aparținând „GEI” Palat - documentul ajungând în posesia entității contractante doar în data de 24.02.2022 - riscul atât al modalității de transmitere, cât și al momentului transmiterii acestor documente fiind în integralitate al contestatoarei;

3. În orice situație, înregistrarea în cadrul serviciului Registratură a „GEI” Palat nu atestă ora de înregistrare a acesteia în condițiile în care transmiterea garanției de participare putea fi făcută în mod valabil doar în platforma SEAP și doar până la ora și data limită de depunere a ofertelor (ora 15.00), iar sarcina de a proba că garanția a fost depusă până la data și ora limită incumbă contestatoarei.

Mai precizează intervenientul că, dincolo de documentele depuse chiar de contestatoare și care dovedesc susținerile sale, acesta a făcut demersuri de a solicita informații din partea GEI Palat și prezintă răspunsul nr. 2749/30.08.2022 (Răspuns solicitare informații de interes public).

În ceea ce privește extrasul din procesul-verbal nr. 1/24.02.2022, intervenientul menționează, cât privește faptul că ordinele de plată nu poartă viza băncii, cerința de a fi prezentată dovada plății integrale este prevăzută de documentația de atribuire, iar prevederile art. 1504 din Codul Civil indică cum se face această dovadă a plății: *„(1) Dacă plata se face prin virament bancar, ordinul de plată semnat de debitor și vizat de instituția de credit plătitoare prezumă efectuarea plății, până la proba contrară,,.*

În mod evident, prevederile Codului Civil sunt obligatorii pentru toate subiectele de drept, publice sau private, fără a fi necesară indicarea expresă a unor astfel de prevederi în documentația de atribuire sau în oricare alt loc, fiind deplin aplicabil în această situație *adagiul nemo censetur legem ignorare* (necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii nu înlătură obligația persoanelor de a se conforma legii).

Referitor la faptul că garanția de participare este semnată de către, în opinia intervenientului, contestatoarea încearcă să susțină că această persoană ar fi semnat în numele asiguratului,

contestatoarea continuând să încerce să acopere iregularitățile comise în privința constituirii și depunerii garanției de participare.

Menționează intervenientul că, așa cum se poate cu ușurință observa din analiza poliței de asigurare, deși în cuprinsul său se menționează expres ca Asocierea este reprezentată de liderul SA, reprezentată de domnul, aceasta a fost semnată de domnul (asemenea adresei de înaintare).

Mai mult, având în vedere aspectele menționate în susținerea excepției lipsei calității procesuale active, devine evident și faptul că mențiunile din cuprinsul poliței sunt false, ... SA nefiind în realitate liderul Asocierii

În opinia intervenientului, grija contestatoarei ar fi trebuit să fie îndreptată în direcția clarificării Consiliului în legătură cu:

1) cine este liderul acestei Asocieri și de ce a menționat în cuprinsul contestației că acesta este SA,

2) de ce răspunsul la clarificări a fost semnat de către Mihai Huma, în calitate sa de reprezentant împuternicit al SA, lider de asociere, câtă vreme este evident (din acordul de Asociere prezentat) că acest aspect nu este adevărat.

Dincolo de documentele pe care a înțeles SA să le prezinte în susținerea contestației, consideră intervenientul, nu rezultă că ar fi avut vreo calitate care să îi permită să semneze, în numele Asocierii ,reprezentată de liderul SA al cărei reprezentant legal este domnul

Mai precizează intervenientul că, urmare a semnalării acestor grave inadvertențe din cuprinsul poliței de asigurare, pe care a înțeles să o prezinte contestatoarea, acesta s-a adresat deja cu o solicitare Autorității pentru Supravegherea Asigurărilor, pentru a afla punctul de vedere al acestei instituții în legătură cu valabilitatea unei astfel de polițe de asigurare.

Cu privire la criticile privind oferta S.p.A., în plus față de aspectele deja învederate cu privire la lipsa interesului SA de a aduce critici ofertei declarată câștigătoare, față de susținerile din notele scrise, intervenientul subliniază că sunt o serie de aspecte care demonstrează netemeinicia simplelor afirmații ale contestatoarei.

Subliniază intervenientul că toate criticile nou introduse, prin intermediul notelor scrise, cu privire la preținse alte presupuse nereguli, bănuite de contestatoare ca urmare a consultării dosarului la CNSC, sunt inadmisibile, în lumina prevederilor exprese ale art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *„(3) Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”*

Dincolo de aceste aspecte procedurale, intervenientul solicită Consiliului să cenzureze afirmațiile fără niciun fundament ale contestatoarei, ce sunt contrazise de documentele depuse de către acesta, de tipul „O confirmare tacită a Asocierii privind anumite nereguli comise”, „oferantul nu a indicat explicit situațiile în care se află”, „..... a evaluat superficial informațiile aflate la dispoziția sa privind incidența cazurilor de excludere față de S.p.A.

Apreciază intervenientul că realitatea obiectivă contrazice alegațiile imaginate de către contestatoare, acestea fiind în sensul ca nu a declarat niciodată că se află în vreun motiv de excludere, iar DUAE însoțit de toate documentele au fost încărcate în SEAP odată cu întreaga ofertă, astfel încât nu poate fi în nici un caz pusă în discuție vreo completare nepermisă a ofertei, ci doar de retransmiterea unor documente (o situație complet diferită de cea în care se regăsește contestatoarea) și că, deși a avut acces la răspunsul său la clarificări, contestatoarea ignoră mențiunea expresă din cuprinsul acestuia prin care se indică, în mod expres unde se regăseau deja transmise DUAE și anexa.

Cât privește afirmațiile contestatoarei referitoare la pretinsa obligație de menționare în DUAE a Contractului DN79 Arad Oradea, intervenientul subliniază faptul că, contestatoarea a refuzat în mod sfidător să se conformeze obligației, dictată de rațiuni de transparență și legalitate, de a indica atât intervenientului, cât mai ales Consiliului, modul în care a intrat în posesia documentului anexat și indicat în contestație.

Contrar părerilor contestatoarei, precizează intervenientul, singurul element relevant nu este existența acestui înscris prezentat Consiliului de către Asocieria, ci legalitatea obținerii acestuia și, mai mult decât, atât relevanța și actualitatea informațiilor cuprinse în respectivul document.

Dincolo de acest aspect, care nu face decât să confirme faptul că obținerea documentului s-a făcut ilicit, contestatoarea se lansează într-o serie de supoziții și aprecieri despre limitele preluării de la la, când ar fi intervenit aceasta, respectiv despre conținutul și stadiul unor proceduri arbitrale pe care, de altfel, nu le cunoaște, încercând să reinterpreteze aspectele învederate de către intervenient, susține acesta.

Ceea ce este cert, bazat pe prevederile legale incidente în cauză și pe interpretarea jurisprudențială a analizei incidenței acestui motiv de excludere este, în opinia intervenientului, faptul că trebuie îndeplinite cumulativ anumite condiții pentru a exista cazul de excludere, respectiv: existența unei încălcări repetate sau grave, existența unei încetări anticipate, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile și comportamentul în cadrul contractelor anterioare să îi aparțină operatorului economic participant la procedură, iar dispozițiile legale

naționale și practica instanțelor de judecată au consfințit obligația autorității/entității contractante de a emite un document denumit certificat constatator, document în care consfințește îndeplinirea obligațiilor sau din contră, neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă.

În cazul în care autoritatea contractantă nu consideră că este necesară emiterea unui certificat constatator, nu este îndeplinită una dintre condiții, rezilierea contractului rămânând la simplul stadiu de remediu contractual, fără impact din perspectiva Legii Achizițiilor Publice.

Per a contrario, în cazul în care autoritatea contractantă nu înțelege să emită un certificat constatator, este evident că aceasta nu a considerat că rezilierea a fost determinată de încălcări grave sau repetate ale obligațiilor antreprenorului.

Și dacă, un astfel de document constatator ar fi fost emis de către beneficiarul SA, acest document s-ar fi referit la operatorul economic S.P.A.

Cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) sancționează îndeplinirea necorespunzătoare, respectiv comportamentul incorect cu ocazia implementării unui contract de achiziție publică, acestea neapartinând, în nicio situație, operatorului economic S.P.A, rezilierea de către și a contractului respectiv intervenind cu mult înainte să se perfecteze preluarea parțială a de către

Concluzionând asupra celor expuse anterior, intervenientul solicită CNSC să constate faptul că Asocierea nu și-a îndeplinit sarcina probei în ceea ce privește pretinsa existență a cazurilor de excludere, aspectele invocate formal de către contestatoare în cuprinsul contestației și reiterate în notele scrise, nefiind motive de excludere în sensul Legii nr. 99/2016.

Prin urmare, având în vedere inexistența vreunui caz de excludere, afirmația contestatoarei în legătură cu posibila incidență a cazului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) litera h) privind prezentarea unor informații false/inexacte de către ofertantul câștigător este lipsită în totalitate de relevanță, iar criticile invocate sunt profund neîntemeiate și trebuie respinse de către Consiliu, mai precizează intervenientul.

Contestatoarea, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 45138/12.09.2022, a transmis (prin e-mail) note ce reflectă o replică punctuală și sintetică față de notele scrise depuse de către Asocierea S.P.A.

Cu privire excepția lipsei calității procesuale active a S.A., aceasta apreciază că se impune a fi respinsă, având în vedere că, calitatea deținută de către un operator economic în cadrul unei asocieri nu prezintă relevanță pentru materializarea dreptului său de a formula contestație.

Concret, dispozițiile legale confirmă explicit, atât dreptul oricărei părți care se consideră vătămată de a formula contestație, cât și dreptul oricăruia dintre membrii unei asocierii de a formula orice cale de atac.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 36 din C. Proc. Civ., stabilesc calitatea procesuală în raport de identitatea dintre părți și subiectul raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății.

Așadar, calitatea unui operator economic în cadrul asocierii ofertante este irelevantă pentru verificarea calității procesuale active în demersul de contestare, mai specifică contestatoarea.

Pe de altă parte, susține contestatoarea, există identitate între S.A., entitatea contractantă și raportul juridic dedus judecății, atât timp cât, indubitabil, efectele actelor atacate se produc față de aceasta.

Mai specifică contestatoarea că, chiar din raportul procedurii se poate observa că, de fapt, entitatea contractantă a indicat expres faptul că S.A. ar fi liderul Asocierii și, prin urmare, în opinia sa, motivele invocate de către Asocierea critică chiar mențiunile raportului procedurii față de care solicită menținerea.

Apreciază contestatoarea că jurisprudența invocată de către intervenient (Decizia civilă nr. 314/15.06.2020), în susținerea excepției, analizează o situație juridică distinctă: formularea unei acțiuni în executarea unui contract de achiziție publică (obiectul dosarului nr. 12261/3/2019* fiind „executare contract administrativ”) care nu este identifică (sau măcar similară) cu contestarea unor acte emise nelegal în cadrul unei proceduri de atribuire și, prin urmare, jurisprudența invocată de către Asocierea nu are relevanță în cauza dedusă soluționării reoferindu-se la o situație premisă diferită.

Contestatoarea invocă Hotărârea CJUE din data de 11.05.2017, pronunțată în cauza C-131/16, Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24.

În altă ordine de idei, contestatoarea învederează că scopul pentru care poate fi formulată cererea de intervenție, principiul disponibilității, precum și limitele investiției Consiliului se opun analizei criticilor suplimentare invocate de către, față de motivele expres redată în cuprinsul actelor atacate, iar jurisprudența CNSC confirmă faptul că nu pot fi analizate aspectele aduse în discuție, suplimentar, de către intervenient, limitele investiției Consiliului neputând fi extinse, pe calea cererii de intervenție, prin adăugarea unor motive de respingere noi/diferite de cele reținute în actele contestate.

În opinia contestatoarei, adresa nr. 2749/30.08.2022, emisă de către Grup Exploatare și Întreținere Palat S.A., menționată de către intervenient, confirmă explicit faptul că, în data de 23.02.2022, a fost depusă adresa privind garanția de participare de către

Asocierea pe care Asocierea înțelege să utilizeze o probă și care, de fapt, confirmă susținerile din sale.

Pe de altă parte, Asocierea, deși indică faptul că ar fi solicitat un punct de vedere de la Autoritatea de Supraveghere Fiscală, din extrasul redat în conținutul notelor scrise, apreciază contestatoarea, nu se pot desprinde nici întrebările efectiv adresate și nici răspunsul autorității interpellate, însă, în realitate, demersurile Asocierii sunt, în opinia contestatoarei, profund nejustificate în raport de obiectul actelor atacate/ al contestației, respectiv modalitatea de transmitere a garanției de participare.

Acestea sunt irelevante în contextul în care intervenientul nu cunoaște nici măcar persoanele împuternicite pentru a semna documentația de ofertă și, prin urmare, indiferent de întrebările adresate ASF, acestea au fost solicitate în baza unor documente și informații incomplete, incorecte și tendențioase și, nu în ultimul rând, contradictorii punctului de vedere al entității contractante (pag. 4) prin care se susține că nu ar fi fost verificate condițiile de valabilitate ale garanției de participare.

Apreciază contestatoarea că, practic, Asocierea se subrogă în drepturile și obligațiile entității contractante cu unicul scop de a contesta oferta Asocierii dintr-o perspectivă neanalizată de către comisia de evaluare, ceea ce în opinia acesteia este un demers demers nepermis.

În realitate, pe calea cererii de intervenție, Asocierea contestă modalitatea de evaluare a ofertei Asocierii, demers care, în opinia contestatoarei, este tardiv, în lipsa respectării termenului de 10 de la data comunicării actelor atacate și, totodată, inadmisibil, în lipsa consemnării unei cauțiuni.

Pentru toate aceste argumente, contestatoarea solicită Consiliului să nu ia în analiză/în considerare aceste critici/aspecte față de care, inclusiv entitatea contractantă confirmă faptul că nu au format obiectul evaluării.

Parțial, contestatoarea reiterează argumente dezvoltate, pe larg, prin contestație și notele scrise depuse la dosarul cauzei cu privire la punctul de vedere formulat de către entitatea contractantă și la cererea de intervenție depusă de către Asocierea S.P.A.

Față de argumentele părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, după conexarea cauzelor, C.N.S.C. reține cele ce urmează:

Entitatea contractantă, a inițiat, în 19.10.2020, o procedură de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect *Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D"* Lot 2: *Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare*

Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaș Gr. D – Arad”, prin publicarea în SEAP a anunțului nr. CN1025423.

Nemulțumite de rezultatul procedurii de atribuire, ... S.A., în calitate de lider al Asocierii, pentru Lotul 1, și S.A., în calitate de lider declarat al aceleiași Asocieri, pentru Lotul 2, au formulat contestațiile de față, solicitând, în prima, anularea adresei nr. 17.A/1/409/29.07.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii, raportului procedurii nr. 17.A/1/400/29.07.2022 și a actelor anterioare și/sau subsecvente acestuia, obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei Asocierii, precum și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată, și în secunda, anularea raportului procedurii nr. 17.A/1/502/08.08.2022 și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de către Asocierile și, în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A (Timișoara – Arad Lot 4), cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei Asocierii și inadmisibilității și neconformității ofertei Asocierii S.P.A.

Consiliul reține și că S.P.A, în calitate de lider al Asocierii S.P.A – S.P.A – S.P.A a formulat două cereri de intervenție (în Dosarul nr. 1911 – Lot 1 și în Dosarul nr. 2038 – Lot 2), solicitând admiterea în principiu și pe fond a acestora, precum și respingerea contestațiilor promovate de S.A. și S.A., pentru Asocierea

La analiza condițiilor de formulare a intervențiilor, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de Procedură Civilă, CNSC constată admisibilitatea lor în principiu, autoarea având interesul ca ofertele sale să rămână declarate câștigătoare, la cele două loturi. Întrucât intervențiile au caracter accesoriu, în favoarea entității contractante, analiza lor va continua în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, ... S.A. și S.A. au înaintat recipisele de consemnare a două cauțiuni, ambele în valoare de 2.000.000 lei, nr. 208292742/1, emisă de CEC Bank – SUCURSALA VICTORIA, la data de 05.08.2022, respectiv, nr. 208328603/1, emisă de CEC Bank – SUCURSALA, la data de 18.08.2022.

Contestațiile sunt formulate de S.A. și S.A., nicidecum de Asocierea, din care fac parte. Calitatea de lider sau de membru al asocierii nu are relevanță procesuală, atât timp cât contestațiile sunt depuse în nume propriu, de fiecare dintre cele două

societăți, în acord cu art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: „Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege”.

Prin urmare, excepția lipsei calității procesuale active a S.A., ridicată de intervenientă, este respinsă, ca nefondată, după cum nefondată este și excepția lipsei de interes a aceleiași contestatoare în criticarea evaluării ofertei intervenientei de la lotul 2, întrucât S.A. urmărește obținerea unui folos prin respingerea acestei oferte, respectiv concretizarea șansei proprii de a deveni câștigătoare a contractului de la acest lot.

Referitor la motivul de respingere a ofertelor asocierilor din care fac parte S.A. și S.A., acesta este cuprins în rapoartele nr. 17.A/1/400/29.07.2022 (lotul 1) și nr. 17.A/1/502/08.08.2022 (lotul 2). Motivarea din primul raport este similară cu cea din al doilea:

*”Asa cum a fost consemnat în Procesele-verbale de analiza nr.1 si nr.2, în urma verificării documentelor depuse în cadrul ofertei și a răspunsului transmis de ofertant la solicitarea de clarificări nr.1.D/436/24.02.2022, comisia de evaluare a respins oferta depusa de **Asocierea din urmatoarele considerente:***

In SEAP nu s-a regăsit încărcată garanția de participare. S-a solicitat Ofertantului să indice fișierul în care a fost încărcată garanția de participare.

*In data de 24.02.2022, Ofertantul a transmis la sediul entitatii contractante în original polița de garantare pentru licitații seria GL Nr. 0303015/23.02.2022 în cuantum de 10.000.000 lei cu valabilitate până pe 23.09.2022, emisă de Compania de Aigurari — Reasigurari Exim Romania S.A. (CARE ROMANIA) însoțită de Certificat de Garantare de Clauza de Garantare, Condiții, **fără dovada plății** primei de asigurare, înregistrata la entitatea contractantă cu nr. 1 D/1/411/24.02.202.*

Comisia de evaluare a solicitat clarificari ofertantului prin adresa nr.1.D/436/24.02.2022, dupa cum urmeaza:

„In conformitate cu prevederile art.41 alin.(1) si alin.(2) din HG 394/2016 coroborat cu prevederile art.129 din HG 394/2016 si art. 221 alin (1) din Legea 99/2016 va solicitam sa indicați fișierul din SEAP, in care a fost incarcata garanția de participare constituita in vederea participării la procedura de achiziție sectoriala din referința.”

Ofertantul a incarcat in SEAP răspunsul la solicitarea de clarificari mentionata anterior, in termenul solicitat de comisia de evaluare, respectiv pana la data de 02.03.2022. În cadrul răspunsului prezentat, ofertantul precizeaza:

”1. Atașat, in Anexa _1 va rugam sa regăsiți dovada constituirii depunerii garanției de participare in forma având continutul impus prin documentația de atribuire; aceasta se afla la dispoziția entitatii

contractante, originalul documentelor astfel prezentate urmând fi depus, la prima solicitare din partea comisiei, in acest sens;

2. Explicam, raportat la solicitarea dvs., conduita ofertantului si, respectiv, indicam argumentele de natura a valida aceasta modalitate de prezentare a garanției de participare, rugându-va ca, la analiza pe care o veti întreprinde, sa aveți în vedere ca:

- In condițiile art. 138 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016, este permisa clarificarea anumitor aspecte legate de modalitatea de îndeplinire a cerinței privind garanția de participare; înțelegând că, prin actuala solicitare de clarificare, tocmai acestei dispoziții legale ii dati curs, rugăm comisia sa evalueze situatia cu respectarea principiului proportionalitatii si al eficientei utilizării a fondurilor publice, observând ca este îndeplinita cerința in discuție, niciun risc al participării fara ca garanția sa fie constituita neputand fi retinut;

- Scopul constituirii garanției de participare este acela ca, la dispoziția entitatii contractante, sa se afle un instrument apt sa o protejeze fata de un eventual comportament incorect al ofertantului; acest scop este pe deplin atins, garanția fiind constituita pusa la dispoziția entitatii contractante, fiind de deplin apta sa asigure insusi scopul impunerii sale drept cerința in procedura;

- Garanția de participare nu este parte a ofertei; potrivit definițiilor oferite de art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, oferta este constituita din propunerea tehnica propunerea financiara. Se observa, așadar, faptul ca garanția de participare nu este asimilata ofertei, reprezentând un element exterior, necesar a se afla la dispoziția entitatii, situatie care este pe deplin respectata in situatia la care se refera clarificarea"

Anexat răspunsului la solicitarea de clarificari ofertantul a incarcato in SEAP polița de garantare pentru licitatii seria GL Nr. 0303015/23.02.2022 in cuantum de 10.000.000 lei cu valabilitate pana pe 23.09.2022, emisa de Compania de Aigurari - Reasigurari Exim Romania S.A. (CARE ROMANIA) insotita de Certificat de Garantare de Clauza de Garantare, Condiții generale si dovada plății primei de asigurare constituita din 3 ordine de plata dupa cum urmeaza:

-OP din 23.02.2022 - Transaction Reference 16524898 - in valoare de 27.200 RON - SA

-OP din 23.02.2022 - Raiffeisen Bank nr.714 - in valoare de 27.200 RON - SA

-OP din 23.02.2022 - A3QF - BCR - in valoare de 28.000 RON - 98 SRL

Concluzia si decizia comisiei de evaluare

Având in vedere:

- prevederile art 42 alin (4) din HG 394/2016 cu modificările si completările ulterioare:

"(4) Instrumentul de garantare se transmite in SEAP impreună cu oferta celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data si ora-

limita de depunere a ofertelor, si trebuie sa prevada ca plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate."

- prevederile art.3 alin. (1) lit. ff din Legea nr.99/2016 cu modificările si completările ulterioare care prevede:

"ff) oferta - actul juridic prin care operatorul economic isi manifesta voința de a se angaja din punct de vedere juridic intr-un contract de achiziție publica. Oferta cuprinde propunerea financiara, propunerea tehnica, precum si alte documente stabilite prin documentația de atribuire;"

- prevederile art.2 alin. (2) din Legea nr.99/2016 cu modificările si completările ulterioare:

"(2) Principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale si a organizarii concursurilor de soluții sunt:

- a) nediscriminarea;
- b) **tratamentul egal;**
- c) recunoașterea reciproca;
- d) transparenta;
- e) proportionalitatea;
- f) asumarea răspunderii."

- cerințele prevăzute in cadrul anunțului de participare, „III 1.6) Depozite si garanții solicitate:

Valoarea garanției de participare;

- pentru Lot 1: Proiectare si execuție lucrări aferente obiectivului de investiții". Modernizarea liniei feroviare Caransebes — Timișoara — Arad, Lot 3 Timișoara Est – Ronat Triaj Gr.D": 10.000.000 lei si, respectiv

- pentru Lot 2: Proiectare execuție lucrări aferente obiectivului de investitii "Modernizarea liniei feroviare Caransebes — Timișoara — Arad, Lot 4 Ronat Triaj Gr. D — Arad": 20.000.000 lei

Garanția de participare este in lei sau echivalent leu/valuta la cursul stabilit de BNR din data publicării anunțului de participare, valabila 7 luni de la termenul limita de depunere a ofertelor, va fi constituita prin:

- virament bancar (OP), sau
- instrument de garantare emis de o institutie de credit din Romania sau un alt stat sau de o societate de asigurari, in condițiile legii.

Instrumentul de garantare se transmite in SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora limita de depunere a ofertelor și trebuie sa prevadă ca plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate"

- **garanția de participare nu a fost încarcata în SEAP** pana la data si ora limita de depunere a ofertelor;

si din analiza răspunsului la solicitarea de clarificari prezentat de ofertant **comisia de evaluare a constatat ca, ofertantul nu a răspuns solicitării de clarificari, neindicand fișierul in care ar fi trebuit sa fie încarcata garanția de participare, răspunsul acestuia fiind neconcludent raportat la informațiile solicitate de comisia de evaluare, astfel in conformitate cu prevederile art.140 alin.(4) si art.143 alin (2) lit. b) din HG 394/2016, oferta este inacceptabila.**

Pe cale de consecință comisia de evaluare are obligația potrivit art. 143, alin. (1) din HG 394/2016 de a respinge ofertele inacceptabile si neconforme.

Decizia comisiei de evaluare este sustinuta si de prevederile imperative prevăzute la art. 2 alin (2) din Legea 99/2016 in ce privește tratamentul egal, tinand cont ca toti ceilalți participanti la prezenta procedura de achiziție sectoriala, au inteles si au incarcat garanțiile de participare în SEAP odata cu oferta."

Acestea sunt motivele pentru care au fost respinse ofertele asocierilor din care fac parte S.A. și S.A.

Adăugarea, în timpul judecării contestației, de alte motive de respingere (care nu au fost reținute de comisia de evaluare), fie de către entitatea contractantă, fie de către intervenientă este inadmisibilă, respectivele motive neputând fi analizate de către CNSC, după cum inadmisibile sunt și orice critici de respingere a ofertei intervenientei pe care contestatoarele le aduc ulterior termenului legal de contestare.

Comisia de evaluare, în rapoartele sale, s-a limitat să concluzioneze că garanțiile de participare nu au fost încărcate în SEAP până la data și ora limită de depunere a ofertelor, respectiv că răspunsurile de clarificare a acestui aspect nu sunt concludente.

Comisia nu amintește nimic despre depunerea garanțiilor la registratura de la sediul său (Palat), în data de 23.02.2022, și nici despre posesia acestora, la momentul accesării și evaluării ofertelor Asocierii Accentul este pus doar pe absența garanțiilor în SEAP la până la data și ora limită de depunere a ofertelor (până la 23.02.2022, ora 15) și pe neconcludența răspunsurilor de clarificare a lipsei din platforma electronică.

C.N.S.C. consideră că abordarea COMPANIEI NAȚIONALE DE CĂI FERATE "....."-S.A. este formalistă și disproporționată, respectiv nelegală.

În esență, entitatea contractantă ignoră rațiunea existenței garanției de participare, cum este prevăzută la art. 41 alin. (1) din HG nr. 394/2016: „Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei care are drept scop **protejarea entității contractante** față de riscul unui comportament

necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.”

Formalitatea încercării în SEAP a înscrisului scanat (neoriginal) reprezentând garanția nu constituie un scop în sine, ci este subordonat rațiunii existenței garanției - protejarea entității contractante. Cu alte cuvinte, dacă acest scop este atins inclusiv prin punerea la dispoziția entității a garanției direct la registratura acesteia, oferta nu trebuie respinsă.

În speță, ... nu a combătut argumentele contestatoarei că ambele garanții au fost depuse la 23.02.2022 și că se aflau la dispoziția companiei. Ofertele au fost accesate de comisie la 24.02.2022, în ziua următoare depunerii lor la registratura comună a Palatului În procesul - verbal de vizualizare nr. 1, înregistrat la entitatea contractantă cu nr. 1.D/1/435/24.02.2022, se face mențiune despre primirea de către comisie a ambelor garanțiilor depuse anterior la registratură, cu adăugirea ”fără dovada plății primei de asigurare”. Prin urmare, viciul neîncercării lor în SEAP a fost acoperit, comisia fiind în posesia garanțiilor la momentul accesării ofertelor.

Față de această situație, entitatea nu trebuia să sancționeze ofertanții cu respingerea ofertelor, ci îi revenea obligația aplicării art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016: *„În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, **acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare**, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.”*

Așadar, legiuitorul acceptă că garanțiile de participare pot prezenta neconcordanțe, caz care nu atrage respingerea ofertelor, ci obligația solicitării de remediere a acestor neconcordanțe.

O asemenea neconcordanță este și depunerea garanției prin intermediul registraturii, chiar și fără dovada plății primei de asigurare, ipoteză în care legiuitorul obligă entitatea contractantă să solicite remedierea neîncercării garanției în SEAP, cu anexarea dovezii.

Depunerea documentului fizic la registratură, în locul aceluiași document, dar în format electronic, constituie un aspect formal, remediabil.

În speță, entitatea contractantă nu a cerut Asocierii să remedieze aceste constatări, ci doar să indice fișierul din SEAP unde a fost încărcată garanția de participare (adresele nr. 1.D/1/444/24.02.2022 și nr. 1.D/1/436/24.02.2022), ceea ce constituie o abatere de la art. 138 alin. (3).

Pe de altă parte, răspunsurile date de asociere în 02.03.2022, încărcate în SEAP împreună cu garanțiile de participare, inclusiv cu

ordinele de plată a primelor de asigurare, sunt în acord cu art. 138 alin. (3) și acoperă solicitarea deficitară transmisă de entitate.

Argumentul entității legat de eliberarea/restituirea garanției de participare numai după finalizarea procedurii de atribuire, respectiv după semnarea contractului de achiziție sectorială sau anularea procedurii de atribuire, nu are nicio tangență cu situația din speță, întrucât nu s-a pus problema eliberării/restituirii vreunei garanții de participare.

Astfel, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, CNSC constată caracterul fondat al criticilor legate de evaluarea ofertelor Asocierii pentru loturile 1 și 2, motiv pentru care va admite parțial contestațiile formulate de S.A. și S.A. și va obliga entitatea contractantă la anularea a rapoartelor procedurii de atribuire nr. 17.A/1/400/29.07.2022 (lotul 1) și nr. 17.A/1/502/08.08.2022 (lotul 2), în partea referitoare la respingerea ofertelor S.A. și S.A., și la anularea comunicărilor acestor respingeri, conform considerentelor de mai sus. Consiliul va dispune reevaluarea ofertelor în referință, în termen de 30 de zile de la comunicarea prezentei.

În contestația S.A., autoarea invocă și nelegalitatea și netemeinicia desemnării câștigătoare a ofertei Asocierii, apreciind că oferta intra sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016:

"Art. 180. - (1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancțiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;"

În opinia contestatoarei, se impunea excluderea Asocierii S.P.A. din procedura de atribuire, întrucât nu a completat în DUAE informații corecte și sincere pentru verificarea incidenței cazurilor de excludere și nu a executat în mod necorespunzător obligațiile principale din cadrul contractului de achiziție publică nr. 6R1 de *"Proiectare și execuție - Reabilitare DN 79 Arad - Oradea, km 4+250 - km 107+745"*, încheiat cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, conduită ce a condus atât la rezilierea contractului, cât și la aplicarea unor penalități de întârziere.

În susținerea opiniei sale, ... S.A. a anexat contestației copia raportului nr. 19A/4871/15.02.2021, potrivit căruia „comisia de negociere a constatat că Antreprenorul SpA nu și-a îndeplinit toate obligațiile contractuale, fapt ce a determinat rezilierea acestui contract de către SA. În urma rezilierii s-a constatat că Antreprenorul are datorii neachitate către SA, rezultate din neîndeplinirea completă și corectă a Contractului 6R1 (...)”. În finalul raportului se consemnează că autoritatea contractantă are obligația de a emite un document constatator privind modul în care Antreprenorul a îndeplinit sau nu obligațiile contractuale, cât și datoriile Antreprenorului SpA către SA rezultate din neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Acest document nu este negat de către intervenienta S.P.A., care este succesoarea în drepturi și obligații a unei diviziuni a S.P.A. (<https://www.....com/it/comunicati-stampa/.....-iscrizione-dellatto-di-scissione-parziale-proporzionale-di-.....-.....>).

..... nu se apără, punctual, în fața acestei critici, ci menționează, la modul general, că evaluarea și analiza documentelor depuse de către Asociera desemnată câștigătoare se regăsesc detaliate în procesele-verbale de analiză ale comisiei de evaluare, care sunt anexe la raportul procedurii, iar criticile aduse de către contestatoare ofertei Asocierii sunt supoziții și presupuneri, fără fundament temeinic, contestatoarea neavând acces la documentele depuse de către Asociera

Din parcurgerea dosarului achiziției publice, transmis de entitate, rezultă că S.P.A. a completat și depus propriul DUAЕ, în care a menționat:

"C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE

*Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile
Raspunsul dumneavoastra?*

Va atasam ca anexa la versiunea printata a DUAЕ "Principalele riscuri si incertitudini"

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

DA

Descriere: Va atasam ca anexa la versiunea printata a DUAЕ "Principalele riscuri si incertitudini"

Nici în DUAЕ și nici în anexa "Principalele riscuri si incertitudini" (fișierul TA.L4.E.DUAЕ) nu se amintește despre contractul încheiat cu nr. 6R1 de *"Proiectare și execuție - Reabilitare DN 79 Arad - Oradea, km 4+250 - km 107+745"*.

Pe de altă parte, nu îi poate fi imputată S.P.A. completarea DUAЕ cu informații false sau inexacte, cum pretinde contestatoarea, respectiv incidența art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, întrucât contractul a fost încheiat la o dată anterioară, nespecificată nici măcar de contestatoare (probabil înainte de 2014), iar antreprenor a fost

..... S.P.A., recent divizată și preluată parțial de către S.P.A., față de care operează o prezumție de bună-credință. În raportul nr. 19A/4871/15.02.2021 nu apare nicio mențiune despre S.P.A. De asemenea, nu este exclus ca preluarea să nu acopere și acordul contractual nr. 6R1.

Așadar, până la proba contrară, ... S.P.A. a completat propriul DUAЕ fără a avea intenția comunicării entității a unor informații false sau inexacte, care să conducă la aplicarea art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Separat de această concluzie, CNSC consideră că există o suspiciune legată de îndeplinirea corespunzătoare a contractului nr. 6R1, inclusiv sub forma unei culpe comune a părților, suspiciune care nu trebuie tratată cu indiferență de către

Din consultarea procesului-verbal nr. 1.D/1/957/31.03.2022 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ, a documentelor care îl însoțesc, și a răspunsului Asocierii din 29.03.2022, reiese că membrii comisiei de evaluare nu au reținut niciun motiv de excludere a ofertei asocierii și, implicit, nu au recurs la solicitarea de clarificări din partea ofertantei asupra potențialului motiv de excludere, cauzat de situația contractului nr. 6R1, respectiv fără a îi acorda posibilitatea de a furniza argumente și probe pentru combaterea lui. Văzând informațiile din speță, o asemenea solicitare se impunea, mai cu seamă prin prisma posibilității dovedirii adoptării de măsuri corective, posibilitate acordată de art. 184 din Legea nr. 99/2016.

Art. 182 din aceeași lege stipulează că *„Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”*

O astfel de luare la cunoștință o poate reprezenta inclusiv contestația S.A., care avea anexată copia raportului nr. 19A/4871/15.02.2021. Luând cunoștință de acest raport, entitatea contractantă a manifestat o atitudine lipsită de rol activ față de S.P.A., căruia nu i-a solicitat nicio clarificare a situației contractului în discuție și nici nu i-a acordat posibilitatea legală de a se apăra față de un potențial motiv de excludere. În cadrul litigiului, CNSC nu poate realiza o examinare a situației, aceasta intrând în atribuțiile comisiei de evaluare.

După cum s-a relevat și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, ofertantul nu poate fi exclus din procedura de atribuire dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective adoptate îi restabilesc fiabilitatea. Statele membre sunt obligate să se conformeze principiului respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în

orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere dintr-o procedură de atribuire (Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13). În sensul că statele membre ale Uniunii și, în special, autoritățile contractante trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității, ci și principiul respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție, sunt și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ', C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, și Hotărârea din 3 iulie 2014, Kamino International Logistics și Datema Hellmann Worldwide Logistics, C-129/13 și C-130/13, EU:C:2014:2041, punctul 28, precum și jurisprudența acolo citată.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei Asocierii s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, în privința clarificării și verificării atente de către entitatea achizitoare a incidenței tuturor cerințelor legale ale motivului de excludere și a demonstrării fiabilități operatorului economic care să îi permită menținerea în competiție, sens în care desfășurarea achiziției urmează a fi continuată în mod legal. În lumina celor înfățișate, admiterea ofertei asocierii nu poate fi validată de Consiliu în absența lămuririlor necesare, iar obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea admiterii asocierii se vădesc a fi fondate.

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația S.A., în contradictoriu cu, și în partea privind evaluarea ofertei Asocierii, la lotul 2. Va anula raportul procedurii nr. 17.A/1/502/08.08.2022, în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii menționate și comunicările care o privesc, și va obliga entitatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei asocierii, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale și al ofertei Asocierii, cu respectarea legislației aplicabile.

Se va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată către contestatoarea S.A., întrucât nu au fost cuantificate aceste cheltuieli și nici dovedită efectuarea lor.

Cu privire la cererile de acces al S.A. la documentele privind oferta Asocierii, CNSC observă că această asociere a motivat în mod temeinic caracterul confidențial al informațiilor pe care le-a cuprins în ofertă (Formular 12, pag. 32-41). Inclusiv DUAE prezintă acest caracter, întrucât se referă la experiența prealabilă a societății și la date cu caracter personal, între altele. Însuși formularul amintit constituie o probă în sine, suficientă pentru a limita accesul la informații.

A nu se omite că și asocierea din care face parte S.A. a atenționat că informațiile din oferta sa sunt confidențiale, iar o derogare în ceea ce privește concurența sa ar reprezenta tocmai un dublu standard din partea CNSC.

După cum a statuat și Curtea Constituțională, se impune ca autoritățile contractante, Consiliul și instanțele de judecată să nu divulge informații care ar putea denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri ulterioare. Există o prezumție generală potrivit căreia accesul la oferte aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților.

Pe cale de consecință, este nefondată și cererea S.A. de repunere în termen.

Legat de cererile de intervenție voluntară accesorie aparținând Asocierii, față de cele reținute cu prilejul examinării contestațiilor promovate de S.A. și S.A., Consiliul apreciază nefondate respectivele cereri de intervenție, inclusiv față de excepțiile examinate mai sus.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Conexează contestațiile.

Admite, în parte, contestațiile formulate de S.A. și S.A., în contradictoriu cu Compania Națională de Căi Ferate „.....” SA, și anulează rapoartele procedurii de atribuire nr. 17.A/1/400/29.07.2022 (lotul 1) și nr. 17.A/1/502/08.08.2022 (lotul 2), în partea referitoare la respingerea ofertelor asocierilor S.A. și S.A., și comunicările acestor respingeri. Admite și capătul de cerere, din contestația S.A., de anulare a raportului nr. 17.A/1/502/08.08.2022 (lotul 2) în privința evaluării ofertei Asocierii, pe care îl anulează și în această privință.

Obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor asocierilor din care fac parte S.A. și S.A. pentru cele două loturi, la

clarificarea și reevaluarea ofertei Asocierii pentru lotul 2, precum și la emiterea unor noi rapoarte ale procedurii de atribuire, loturile 1 și 2, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult 30 de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea rapoartelor procedurii, entitatea va comunica Asocierii și Asocierii rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Este respins, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată către contestatoarea S.A.

Nefondate sunt și cererile de acces al S.A. la documentele privind oferta Asocierii, precum și de repunere în termenul de contestare.

Admite, în principiu, cererile de intervenție depuse de Asocierea, și le respinge, ca nefondate, inclusiv în ceea ce privește excepțiile pe care le invocă intervenienta.

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....