

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 21143/20.04.2023, formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, împotriva raportului procedurii nr. B2189/06.04.2023 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. B2190/06.04.2023, emise de către, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, s-au solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. B2190/06.04.2023, prin care oferta a fost exclusă din procedura de atribuire;

- anularea raportului procedurii nr. B2189/06.04.2023, și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acestuia, în ceea ce privește declararea ofertei depusă de Asocieria drept câștigătoare, respectiv de excludere a ofertei

- obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei reclamantei, cu consecința constatării caracterului admisibil al acesteia;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii declarată câștigătoare, cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

....., în calitate de lider al asocierii – –, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO.....,

reprezentată legal prin dl. și convențional prin cabinet de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, a formulat cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliu cu nr. 24095/05.05.2023, prin care a solicitat:

- pe cale de excepție, respingerea criticilor aduse ofertei societății sale, ca fiind lipsite de interes;

- pe fond, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației ca nefondată, iar, pe cale de consecință, menținerea actelor entității contractante, ca fiind temeinice și legale;

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate în prezenta cauză.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1), art. 123 alin. (1) C. Proc. Civ. și art. 17 din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea aduce argumente în susținerea caracterului nelegal și abuziv al deciziei de excludere a ofertei sale din procedura în cauză, respectiv de declarare câștigătoare a ofertei asocierii

Preliminar, reclamanta precizează că entitatea contractantă motivează decizia de excludere a ofertei sale din procedura prin faptul că nu a demonstrat în concret credibilitatea vis-a-vis de abaterile care au stat la baza emiterii unui document constatatator.

Contestatoarea arată faptul că, prin DUAЕ depus în procedura în cauză, la secțiunea C: *Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale - Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*, societatea sa a bifat [DA] și a inclus detalii și informații privind circumstanțele emiterii documentului constatatator nr. „2600/14.09.20221” emis de în ceea ce privește executarea contractului de execuție lucrări și prestări servicii de proiectare nr. 775/19.05.2010, având ca obiect prestarea serviciilor de proiectare (elaborare expertiză tehnică, PTH, DDE, AT) și executarea lucrărilor de construcție pentru obiectivul „.....”, încheiat între asocierea

De asemenea, notează că, în DUAЕ depus a bifat [DA] în secțiunea «*Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră*

(„autocorectare”)?»), iar, în acest context, a descris măsurile întreprinse față de situația dată.

Adaugă că, prin adresa nr. 89/12.01.2023, i s-au solicitat clarificări, respectiv să comunice o serie de documente referitoare la demersurile judiciare realizate în scopul desființării documentului constatator, precum și alte documente relevante privind *„demonstrarea în concret a credibilității prin raportare la motivele de excludere”*.

În opinia, prin adresa nr. 03/07.01.2023, societatea sa a răspuns solicitării susmenționate, în mod complet și detaliat, și entitatea contractantă a reținut în mod nelegal incidența cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 în privința ofertei sale.

Reclamanta atrage atenția asupra faptului că, în speță, nu este îndeplinită niciuna dintre cele două condiții legale cumulative, necesar a fi întrunite pentru a fi incident cazul de excludere antemenționat, respectiv: (i) să-și fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții; (ii) încălcarea să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară.

În ceea ce privește prima condiție, contestatoarea menționează că a emis documentul constatator - pe motivul că *„nu a fost predată documentația tehnică (Proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente”* - pentru toate societățile care făceau parte din asocieri, fără să țină cont căru contractant asociat îi revenea efectiv această obligație.

Or, precizează reclamanta, conform celor detaliate pe larg în DUAE și astfel cum rezultă din documentele ce țin de executarea contractului de execuție lucrări și prestări servicii de proiectare nr. 775/19.05.2010, obligațiile în materie de proiectare pentru a căror neîndeplinire a fost emis documentul constatator nu erau în sarcina, ci în sarcina, în calitate de lider a asocierii.

În susținere invocă notificarea ANAP cu privire la situația de excludere, reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și jurisprudența CJUE în materie.

În ceea ce privește cea de-a doua condiție prevăzută de lege pentru incidența cazului de excludere, autoarea contestației afirmă că atât timp cât, pe de o parte, Tribunalul București a respins solicitarea de constatare a intervenirii rezilierii de drept a contractului, reziliere ce a stat la baza emiterii documentului constatator de către respectiva autoritate contractantă, și a dispus rezilierea judiciară a contractului din culpa debitoarei (și nu a), iar, pe de altă parte, hotărârea privind rezilierea contractului nu este încă definitivă, emiterea documentului constatator, care menționează ca motivație/cauză - *„rezilierea Contractului”*, este prematură și nelegală.

Totodată, reclamanta semnalează faptul că stabilirea prin documentul constatator (pct. 9) a sumei de 371.649,13 lei, cu titlu de „prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului” este lipsită de orice temei legal sau contractual, câtă vreme nu există o faptă culpabilă a constând în neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate.

Mai mult, evidențiază faptul că documentul constatator este un act unilateral al autorității contractante și nu poate constitui dovada neîndeplinirii sau a îndeplinirii defectuoase a contractului și, mai ales, din motive imputabile

Autoarea contestației invocă jurisprudența CJUE și CNSC în materie.

În continuare, reclamanta prezintă o serie de aspecte vizând faptul că, presupunând, *ad absurdum*, că societatea sa s-ar fi aflat în ipoteza cazului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă nu a întreprins nicio verificare cu privire la dovezile de credibilitate furnizate de, încălcând astfel prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, contestatoarea redă exemple de la nivelul instanțelor naționale în susținerea faptului că documentul constatator din speță nu justifică excluderea din alte proceduri de atribuire.

În cele ce urmează, reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că oferta asocierii, declarată câștigătoare, este inacceptabilă întrucât nu îndeplinește criteriul de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională.

Autoarea contestației arată că entitatea contractantă a impus dovedirea experienței similare pentru execuție lucrări, stabilită în corelație cu un plafon valoric (valoare monetară), prin care a solicitat demonstrarea ducerii la bun sfârșit în ultimii 5 ani a unor lucrări similare, la nivelul a maxim 3 contracte, în valoare cumulată de 50.000.000 lei.

Din punctul de vedere, prin cele 3 proiecte prezentate, însoțite de documentele justificative transmise, asocierea nu îndeplinește cerința privind experiența similară, valoarea rezultată pentru lucrările executate plasându-se sub plafonul minim impus.

Astfel, referitor la primul contract prezentat de asocierea în susținerea experienței similare, acordul contractual nr. 14031/19.05.2020, încheiat cu (contract prezentat de către asociatul, având ca obiect „*Extinderea și reabilitarea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare și în sistemul rural*”), reclamanta face următoarele precizări:

- aplicând procentul fiecărui membru al asocierii, la valoarea aferentă execuției lucrărilor (valoarea rezultată în urma scăderii valorii serviciilor de proiectare din valoarea totală a contractului), rezultă o valoare de 26.048.223,06 lei fără TVA (doar aceasta fiind valoarea care poate fi luată în considerare pentru îndeplinirea cerinței minime de

calificare, care se referă exclusiv la lucrările executate, valoarea serviciilor de proiectare neputând fi inclusă în această categorie);

- câtă vreme modificarea cotelor asocierii în cadrul acestui contract nu a fost adusă la cunoștință beneficiarului, modificare care ar fi trebuit să conducă la semnarea unui act adițional între părți, actul adițional nr. 1 la acordul de asociere nr. 224/10.02.2020 nu poate fi luat în considerare.

Raportat la cel de-al doilea contract prezentat de asocierea în susținerea experienței similare, respectiv contractul de lucrări nr. 2352/07.11.2018, ..., având ca obiect „*Înființarea sistemului de alimentare cu apă și canalizare în localitatea*” (contract realizat în asociere și prezentat de către asociatul), contestatoarea redă următoarele aspecte:

- aplicând procentul fiecărui membru al asocierii, la valoarea aferentă execuției lucrărilor în urma scăderii valorii serviciilor de proiectare din valoarea totală a contractului, rezultă o valoare de 14.509.347,83 lei fără TVA (doar aceasta fiind valoarea care poate fi luată în considerare pentru îndeplinirea cerinței minime de calificare, care se referă exclusiv la lucrările executate, valoarea serviciile de proiectare neputând fi inclusă în această categorie), în evaluarea documentelor justificative achizițoarea reținând în mod eronat suma relevantă pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară;

- Simpla afirmație a beneficiarului (i.e. adresa nr. 212/16.03.2023) prin care se menționează un alt procent de realizare a lucrărilor pentru asociatul, respectiv de 100%, fără existența unor documente contractuale care să susțină aceste afirmații, nu poate modifica contractul dintre părți.

Referitor la cel de-al treilea contract prezentat de asocierea în susținerea experienței similare, respectiv contractul de lucrări nr. 2818/31.01.2019, încheiat cu Comuna Apahida, având ca obiect „*Rețea de canalizare menajeră în localitatea*”, (prezentat de către asociatul, unic executant în cadrul respectivului contract), ... remarcă următoarele aspecte:

- Atât din anexa 1 la procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 33141/05.11.2020, cât și din recomandarea beneficiarului nr. 36105/10.12.2020, reiese faptul că valoarea aferentă lucrărilor executate, este, în fapt, 9.441.244,14 lei fără TVA, valoare din care trebuie exclusă valoarea aferentă rețelei de medie tensiune, în cuantum de 563.068,55 Lei fără TVA, care nu reprezintă lucrare similară asociată procedurii în cauză, întocmai cum corect a observat și notat entitatea contractantă în cadrul procesului verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de ofertante pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 1387/03.04.2023;

- Astfel, valoarea maximă din acest contract posibil a fi fost luată în considerare pentru experiență în execuție lucrări este 9.441.244.14 lei - 563.068,55 Lei, respectiv valoarea de 8.878.175,59 lei fără TVA.

Din cumulul valorilor relevante pentru îndeplinirea cerinței minime de calificare, din cele 3 contracte prezentate, reclamanta arată că rezultă o valoare maximă posibil a fi valorificată de 49.435.746,48 lei fără TVA (26.048.223,06 lei fără TVA - contractul nr. 1 + 14.509.347,83 lei fără TVA - contractul nr. 2 + 8.878.175,59 - contractul nr. 3), valoare insuficientă pentru a atinge pragul de minim 50.000.000 lei fără TVA, impus prin cerința minimă de calificare, apreciind că evaluarea întreprinsă de entitatea contractantă a fost una *extrem de superficială*.

Contestatoarea subliniază faptul că nicio altă verificare nu a fost întreprinsă de comisia de evaluare, aceasta confirmând valoarea experienței similare a în baza unor simple declarații prin care unii dintre asociați „*renunțau*” la cota lor de asociere.

Mai mult, opinează că, în această manieră, dacă simplele declarații ale ofertantei ar fi fost considerate suficiente, entitatea contractantă nu ar mai fi impus obligația depunerii unor documente justificative DUAE, fapt pentru care actele atacate se impun a fi anulate și oferta asocierii respinsă, ca inacceptabilă.

..... învederează faptul că, în subsidiar, declarațiile false din DUAE prezentat reprezintă un motiv explicit de excludere a ofertantei criticate, în considerarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

În continuare, reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că asocierea nu a demonstrat că poate realiza supravegherea arheologică pe perioada execuției lucrărilor, ținând cont că, prin documentația de atribuire, s-a impus expres ca, pentru activitățile arheologice, ofertantele să prevadă în cadrul ofertelor ca aceste activități să fie realizate „*de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi atestați de M.C*”, conform prevederilor legale în vigoare.

În documentele inițiale puse la dispoziție de către, se regăsește, în cadrul capitolului 5 - *Inf. care fac parte din contract*, avizul favorabil condiționat nr. 393/Z/03.12.2019, emis de către Ministerul Culturii, prin care se avizează documentația care a stat la baza procedurii de achiziție în cauză, sub condiția „*supravegherii arheologice pentru zonele construite protejate/zonele de protecție*”, considerând faptul că prezentul proiect, astfel cum se menționează în cadrul aceluiași aviz, traversează „*diferite unități administrative - intravilan și extravilan, zone de protecție a unor monumente istorice*”.

Conform celor precizate în declarația de participare la prezenta procedură, ... arată că niciunul dintre membrii asocierii declarată câștigătoare nu reprezintă o instituție de profil muzeal care să poată îndeplini activitatea de supraveghere arheologică pe parcursul derulării

lucrărilor, și, totodată, ofertanta clasată pe locul I nu a subcontractat această activitate specifică unui subcontractant de specialitate atestat conform legii și nici nu a menționat intenția sa de a subcontracta în viitor.

Chiar dacă entitatea contractantă nu a formulat o cerință expresă privind anumite autorizații/ acreditări necesar a fi deținute și prezentate odată cu depunerea ofertei, în opinia reclamantei, aceasta nu înseamnă că ofertantele pot ignora cerințele documentației de atribuire, neincluzând în cadrul ofertelor activități relevante pentru derularea contractului.

Nedeținerea atestărilor necesare este probată, din punctul de vedere al contestatoarei, prin faptul că niciunul dintre membrii asocierii câștigătoare nu a putut fi identificat în documentele publicate de către organismele abilitate să acorde astfel de atestări, și, astfel, oferta asocierii este neconformă și ar fi trebuit respinsă în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, coroborat cu prevederile art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

În cele ce urmează, reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că oferta asocierii clasată pe locul I a fost în mod eronat punctată pentru îndeplinirea factorului de evaluare nr. 2 - *gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice*.

Cu privire la acest aspect, ... precizează că entitatea contractantă a stabilit în cadrul factorului de evaluare, respectiv în cadrul documentului *Fișa de acordare a punctajului în conformitate cu factorii de evaluare selectați din Documentația de Atribuire*, premisele în baza cărora urma să acorde punctajul maxim, respectiv prin îndeplinirea următoarelor condiții, împărțite în 3 categorii/subfactori de evaluare:

1. *Graficul Gantt conține suficiente informații care să permită implementarea contractului, cu un punctaj maxim de 6 puncte*
2. *Graficul Gantt propus este în concordanță cu metodologia de execuție, cu un punctaj maxim de 4 puncte*
3. *Nivelul de detaliere al Graficului Gantt prezentat de ofertant este adecvat complexității lucrărilor, cu un punctaj maxim de 5 puncte.*

Având în vedere cerințele antecitate, reclamanta evidențiază faptul că ofertantele trebuiau să prezinte un grafic prin care să defalce activitățile principale și succesiunea acestora, raportat la metodologia de lucru propusă, astfel încât să poată demonstra că *au înțeles* complexitatea contractului și lucrările necesar a fi executate în cadrul acestuia.

Mai mult, adaugă că ofertantele trebuiau să își prevadă în cadrul graficului general de realizare a investiției publice numărul de resurse umane și utilaje, precum și capacitatea acestora, pentru a avea un grafic corect dimensionat și corelat cu activitățile ce fac obiectul contractului, doar în acest mod ofertantele putând obține punctajul maxim pentru factorul de evaluare.

În opinia contestatoarei, relevant în susținerea cerințelor exprese privind modul de elaborare a graficului general de realizare a investiției, a fost și răspunsul achizitoarei la întrebarea nr. 29 din clarificarea 2.

Din punctul de vedere al, indiferent de ce elemente din defalcarea graficului Gantt au fost depunctate de către entitatea contractantă (reclamanta precizează că nu a avut acces la niciunul din rapoartele de evaluare aferente propunerii tehnice) în evaluarea ofertantei criticată, este evident că aceasta din urmă a depus un grafic *schematic*, oricare din indicatorii subfactorilor punctați fiind corelați cu alți indicatori ai celorlalți factori supuși evaluării, prin urmare, respectivul grafic nefiind suficient detaliat și neputând să indice întocmai cerințele achizitoarei pentru obținerea punctajului acordat.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, prevederile Legii nr. 99/2016 și ale H.G. nr. 394/2016.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 1684/02.05.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 23374/03.05.2023, ..., în calitate de entitate contractantă, solicită respingerea contestației depusă de, *ca nelegală și netemeinică*, și, pe cale de consecință, menținerea actelor contestate, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Analizând informațiile înscrise de către reclamantă în DUAЕ, respectiv faptul că CNAIR-..... a emis documentele constatatoare nr. 2599/14.09.2021 și nr. 2600/14.09.2021, în care se menționează prejudicii și rezilierea contractului de lucrări nr. 775/19.05.2010, achizitoarea precizează că a solicitat clarificări ofertantei cu privire la următoarele aspecte: *prezentarea unor decizii/hotărâri pe care ofertantul le-a menționat în cadrul ofertei sale și să prezinte alte documente pe care le poate considera relevante pentru dovedirea credibilității acestuia raportat la motivele de excludere*.

Urmare a acestei solicitări, autoarea contestației a răspuns prin adresa nr. 03/17.01.2023 încărcată în SEAP, răspunsul fiind însoțit de hotărâri judecătorești pronunțate de instanțele de judecată, însă, în opinia achizitoarei, prin respectivul răspuns, ... nu a demonstrat în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii avute în vedere.

..... arată că documentul constatator emis de, a fost contestat în instanță de către, litigiul fiind în curs de soluționare, fără a se dispune, până la data prezentei, prin hotărâre judecătorească suspendarea efectelor sale până la soluționarea definitivă a cererii de anulare.

Față de măsurile prezentate de contestatoare, achizitoarea apreciază că, în lipsa unor hotărâri judecătorești definitive, litigiile în curs de soluționare nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității ofertantei.

Din punctul de vedere al entității contractante, ... nu a făcut dovada că a adoptat măsuri concrete și adecvate la nivel procedural pentru nerespectarea termenelor contractuale de predare a documentației tehnice cu avizele aferente, împrejurare care a condus la calculul unor penalități în cuantum de 371.649,13 lei, la rezilierea contractului și, implicit, la emiterea documentului constatator negativ.

Achizitoarea subliniază faptul că existența documentului constatator negativ nu implică în mod direct excluderea din procedură, dar nedemonstrarea în concret a credibilității ofertantei vis-a-vis de abaterile care au stat la baza emiterii respectivului document reprezintă motiv de excludere, conform prevederilor art. 180 alin. (1) lit.g) din Legea nr. 99/2016.

În consecință, comisia de evaluare a decis că oferta este considerată inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, întrucât nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, și conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, deoarece a fost depusă de o ofertantă care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

În combaterea criticii vizând neîndeplinirea condițiilor legale în ceea ce privește excluderea ofertei în temeiul art.180 alin. (1) lit. g) din Legea nr.99/2016, entitatea contractantă arată că, având în vedere faptul că prezenta procedură se desfășoară în temeiul Legii nr. 99/2016, instituția sa este obligată să respecte prevederile acesteia, inclusiv pe cele referitoare la aplicarea motivelor de excludere, respectiv articolul antecitat.

Totodată, în legătură cu regimul juridic/respectarea termenului legal de atacare a documentului constatator în contencios administrativ/legalitatea acestuia, notează că C.N.S.C. nu se poate pronunța, acesta fiind atributul exclusiv al instanței de contencios administrativ.

Față de cele menționate anterior, achizitoarea apreciază că documentul constatator în discuție produce efecte de la data emiterii, deoarece este act administrativ cu caracter executoriu, nefiind suspendat de instanța de contencios.

..... consideră că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv:

a) Documentul constatator nr. 2600/14.09.2021 atestă că ofertanta nu și-a respectat termenul contractual de livrare produse/prestare servicii/executare servicii/executare lucrări din culpă : *nu a fost predată documentația tehnică(Proiect tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente, contractul fiind reziliat;*

b) Neîndeplinirea obligațiilor contractuale este „de natură să producă grave prejudicii” beneficiarului contractului nr 775/19.05.2010, ...,

aceasta din urma menționând la punctul 9 al documentului constatator *au fost aduse prejudicii autorității contractante pe perioada derulării contractului în valoarea de 371.649,13, lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată ca penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de Asocieria*

De asemenea, achizitoarea arată că executantul contractului este asocieria formată din, iar documentul constatator a fost emis pentru neexecutarea obligațiilor contractuale de către executant, deci de către asocierie.

Contrar celor afirmate de către contestatoarele, entitatea contractantă opinează că răspunderea privind respectarea obligațiilor contractuale revine executantului (asocierii) și este solidară pentru toți membrii asocierii, indiferent de procentul deținut de fiecare membru în cadrul acesteia.

Astfel, precizează că, prin actul adițional nr. 4/2017 la contractul de lucrări nr. 775/19.05.2010 a fost modificat doar liderul asocierii, fără a fi ratificat nimic altceva, nu au fost confirmate în mod expres modificările, deci a rămas în vigoare forma inițială a acordului de asociere, în cuprinsul căruia nu există nicio prevedere legată de activitățile desfășurate de fiecare asociat în parte, prin urmare părțile răspund în solidar pentru îndeplinirea contractului, responsabil fiind executantul, adică asocieria.

Achizitoarea notează că reclamanta invocă prevederile deciziei nr. 6130/2022, pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. 15563/3/2019/a100, având ca obiect cererea formulată de privind rezilierea contractului ce a stat la baza emiterii documentului constatator din culpa debitoarei- nu a contestatoarei- și afirmă că „*nu există o faptă culpabilă a constând în neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate*”, dar nu aduce dovezi în acest sens, în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004, rezumându-se la propriile interpretări ale unei decizii neredactate.

Faptul că există pe rolul instanțelor de judecată dosarul nr. 33578/3/2021, având ca obiect suspendarea efectelor documentului constatator negativ, în opinia entității contractante nu este de natură să afecteze legalitatea deciziei comisiei de evaluare și nici efectele juridice pe care documentul constatator le produce în circuitul civil.

Raportat la susținerile contestatoarei „*Autoritatea contractantă a decis excluderea din procedura de atribuire într-o manieră extrem de superficială*”, ... arată că îndeplinirea prevederilor art.180 alin. (1) lit. g) din Legea nr.99/2016 a fost analizată după cum rezultă din: procesul verbal de evaluare nr. 388/02.02.2023 coroborat cu raportul procedurii; solicitarea de clarificări nr. 89/12.01.2023 adresată contestatoarei și din răspunsul la clarificări formulat de

Cu privire la jurisprudența invocată de către contestatoarele (Hotărârea nr.2480/2022 și Hotărârea nr.2560/2022 pronunțate de

Curtea de Apel Craiova), entitatea contractantă apreciază că trimiterile la practica judiciară sunt relative la principiile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

Raportat la nelegalitatea evaluării ofertei depuse de asocierea în ceea ce privește experiența similară, analizând documentele transmise de ofertantă prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări (comunicat prin adresa nr. 503/17.03.2023), achizitoarea a constatat, referitor la contractul nr. 2352/07.11.2018, că există informații probate din care reiese în mod clar că procentul inițial deținut de către MIS GRUP SRL în cadrul asocierii a fost executat de către, aspect confirmat de către beneficiarul lucrărilor, Primăria Șamșud.

De asemenea, notează că nu există documente din care să reiasă în mod clar faptul că procentul deținut de ar fi fost realizat de către, și, din acest motiv, comisia de evaluare nu a luat în calcul procentul aferent în cadrul asocierii.

În acest context, ... evidențiază faptul că experiența similară dovedită de în cadrul respectivului contract este de 15.571.154,18 lei (99,15% din valoarea contractului).

Totodată, precizează faptul că valoarea experienței similare dovedite în cadrul contractului 2352/07.11.2018 a fost determinată prin aplicarea procentului de 99,15% la valoarea menționată în procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 3172/10.12.2021 (valoare care nu include proiectarea), valoare care se regăsește și în recomandarea nr. 3177/10.12.2021, emisă de beneficiarul lucrărilor, unde este menționată valoarea de 15.704.643,65 lei. Astfel, modul de calcul al experienței similare a fost: $15.704.643,65 \times 99,15\% = 15.571.154,18$ lei.

Entitatea contractantă redă cele precizate de către prin intermediul răspunsului comunicat cu adresa nr. 11717/DGA/UIP/27.03.2023, respectiv:

- *Valoarea totală a lucrărilor executate în cadrul contractului 14031 din 19.05.2020 a fost de 31.226.792,85 lei fara TVA, din care cheltuieli cu Proiectare 261.240,00 lei fara TVA si cheltuieli cu Investitia de Baza 30.965.552,85 lei fara TVA.*

- *Procentul detinut de societatea in cadrul asocierii 99.75%.*

În urma verificării informațiilor, din punctul de vedere al achizitoarei, rezultă că valoarea experienței similare a pentru lucrările executate în cadrul contractului nr. 14031/19.05.2020 este de 30.888.138,97 lei ($30.965.552,85 \times 99,75\% = 30.888.138,97$ lei).

Astfel, în opinia entității contractante, criteriul privind capacitatea tehnică și/sau profesională - executarea de lucrări de tipul specificat este îndeplinit după cum urmează:

-val. contract 1: 30.888.138,97 lei

-val. contract 2: 15.571.154,18 lei

-val. contract 3: 8.878.175,59 lei

Total valoare lucrări de tipul specificat: 55.337.468,74 lei

Contrar celor susținute de reclamantă, ... consideră că, atât timp cât beneficiarul confirmă cotele executate în cadrul asocierii înseamnă că a luat la cunoștință și a acceptat modificarea acordului de asociere, iar încheierea unui act adițional incumbă celor două părți, nefiind sub controlul comisei de evaluare.

Împotriva criticii contestatoarei privind faptul că asocierea nu a demonstrat că poate realiza supravegherea arheologică, entitatea contractantă se apără menționând că în baza cerințelor din cadrul caietului de sarcini/documentației de atribuire, ofertanta are obligația de a executa lucrările de săpătură în conformitate cu prevederile legislației în vigoare referitoare la supravegherea arheologică, în acest scop, fiind solicitat și emis avizul din partea

Entitatea contractantă consideră că a întărit aceste aspecte în cadrul răspunsurilor la întrebările 8 și 9 din cuprinsul solicitării de clarificări nr. 2 transmisă chiar de către, al căror conținut este redat în cuprinsul punctului de vedere.

O dovadă în plus este, în opinia achizitoarei, faptul că, pentru cerințe similare specificate în cadrul documentației de atribuire, nu a acționat în mod restrictiv și nu a impus prezentarea unor dovezi privind deținerea, accesul sau nominalizarea personalului, așa cum este menționat în răspunsul la întrebarea 17 din clarificarea nr. 2 și la întrebarea 6 din clarificarea nr 4 (al căror conținut este redat în cuprinsul punctului de vedere).

Mai mult, semnalează entitatea contractantă, costurile privind supravegherea arheologică sunt incluse, cotate și asumate de către ofertante în cadrul prețului articolelor din cuprinsul listelor de cantități de la seria *D-Conducte*, așa cum este menționat în documentația de atribuire, *Preambul la listele de cantitati*.

Din punctul de vedere al, ofertanta criticată a întocmit propunerea tehnică într-o manieră din care a reieșit că va respecta cerințele specificate în documentația de atribuire, prezentând totodată și declarații de acceptare a clauzelor contractuale. Pentru exemplificarea acestui aspect, achizitoarea redă cele precizate în cadrul propunerii tehnice a asocierii la pagina 34.

Susținerea contestatoarei că ofertanta clasată pe primul loc poate îndeplini cerința privind supravegherea arheologică a lucrărilor doar prin subcontractare este, în opinia achizitoarei, menită să îngreudească accesul ofertantelor la procedura de licitație, situație nedorită de către entitatea contractantă care, tocmai pentru a nu îngreui concurența, nu a formulat cerințe în acest sens.

Asocierea clasată pe primul loc s-a angajat, din punctul de vedere al, atât prin propunerea tehnică, dar și prin cea financiară, să

execute lucrările cu respectarea cerințelor privind supravegherea arheologică.

Entitatea contractantă învederează faptul că activitatea de supraveghere arheologică poate fi îndeplinită atât printr-o persoană fizică autorizată conform legii, în cadrul unui contract de prestări servicii ori ca angajat cu normă parțială sau întreagă a unuia din operatorii economici ai asocierii, cât și prin intermediul unui subcontractant care, contrar afirmațiilor contestatoarei, poate fi nominalizat și ulterior, conform prevederilor art. 233 alin. (3) și (4) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, achizitoarea susține că intenția sa a fost aceea de a nu impune ofertantelor cheltuieli suplimentare în etapa de depunere a ofertelor, urmând ca aceste costuri să fie angajate doar de către ofertanta câștigătoare.

În combaterea criticii privind acordarea eronată a punctajului pentru îndeplinirea factorului de evaluare - *gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice* - asocierii, entitatea contractantă notează, într-un prim aspect, faptul că, pentru evaluarea factorului antecitat, în cadrul documentației postată în SEAP, a publicat în mod transparent „*FISA DE ACORDARE A PUNCTAJULUI ÎN CONFORMITATE CU FACTORII DE EVALUARE SELECTAȚI*”, document în cadrul căruia sunt descriși detaliat subfactorii de evaluare ai factorului de evaluare privind componenta tehnică și informațiile necesare pentru obținerea punctelor.

În urma analizei graficului depus de asocieria câștigătoare, precizează achizitoarea, au fost identificate punctele tari și punctele slabe, motivarea și justificările pentru acestea regăsindu-se în cadrul procesului verbal de evaluare a propunerii tehnice, comisia făcând precizări punctuale privind modul de îndeplinire sau neîndeplinire a subfactorilor ce au condus la acordarea punctajului (acestea se regăsesc cu titlu exemplificativ în cuprinsul punctului de vedere).

În final, entitatea contractantă reiterează faptul că a decis că se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, declarând inacceptabilă oferta acesteia, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 și respingând-o în baza art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 99/2016, ale HG nr. 394/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliu cu nr. 24095/05.05.2023, ... solicită cele menționate în partea introductivă, aducând argumente pentru combaterea criticilor din cuprinsul contestației formulată de

Intervenienta apreciază că în mod corect a reținut comisia de evaluare ca fiind îndeplinite condițiile impuse de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 pentru excluderea ofertei reclamantei, în contextul în care, din contestație și din raportul procedurii rezultă că în

cuprinsul formularului DUAЕ prezentat de, cap. C „*MOTIVE LEGATE DE INSOLVENTA, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE*”, rubrica „*Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile*”, a fost bifat „da”, fiind prezentate și detalii și informații privind circumstanțele în care a fost emis documentul constatator, iar la rubrica privind „*Ati luat masuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastra („autocorectare”)?*” a fost bifat „da”, precizând faptul că s-a adresat instanțelor de judecată cu privire la anularea/suspendarea acestora și menționând care este stadiul respectivelor dosare.

Autoarea intervenției evidențiază faptul că, din raportul procedurii, rezultă că documentul constatator nr. 2600/14.09.2021 a fost emis pentru ofertanta pentru neîndeplinirea obligațiilor din contractul nr. 775/ 19.05.2010, încheiat între asocieria, fiind dispusă rezilierea acestui contract și, totodată, fiind constatat un prejudiciu reprezentând penalități de întârziere pentru neexecutarea contractului.

De asemenea, notează că, deși și-a îndeplinit *obligația de sinceritate* în sensul informării entității contractante cu privire la existența documentului constatator, ... nu a prezentat comisiei de evaluare dovezi prin care să arate că au fost întreprinse măsuri privind achitarea prejudiciilor, dar nici alte măsuri corective prin care să demonstreze concret credibilitatea sa relativ la motivele de excludere.

În opinia nu trebuie omis nici faptul că, în lipsa unei hotărâri judecătorești prin care executarea documentului constatator nr. 2600/14.09.2021 să fie suspendată, actul administrativ emis de autoritatea contractantă continuă să producă efecte juridice, bucurându-se astfel de prezumția de legalitate de care se bucură toate actele administrative emise de o instituție publică, în baza prevederilor art. 2 alin. (1) lit. c) și art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004.

În raport de efectele pe care le produce documentul constatator ca act administrativ emis de o autoritate publică, nu este relevant, din punctul de vedere al intervenientei, faptul că acesta a fost atacat în instanță, ci este relevant dacă acesta a fost sau nu anulat/suspendat de către instanța de judecată (lucru care nu s-a întâmplat în speță), aspect sesizat în mod legal, în opinia, de către entitatea contractantă în evaluarea sa.

În susținerea celor de mai sus, intervenienta invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale în materie.

Invocând dispozițiile art. 199 alin. (1) din legea nr. 99/2016, autoarea intervenției arată că, contrar celor afirmate în cuprinsul contestației, a participat la procedura de atribuire organizată de către și a semnat contractul de achiziție publică în calitate de asociat, răspunderea fiind solidară a asocierii din care a făcut parte, în susținerea celor de mai sus fiind și Decizia civilă nr. 502/08.09.2020 a Curții de Apel Suceava.

Pe de altă parte, chiar acceptând susținerile, intervenienta remarcă faptul că reclamanta nu a întreprins niciun demers pentru a remedia situația în relația cu, prin chiar preluarea atribuțiilor operatorului cu care aceasta răspunde în solidar, potrivit legii.

De altfel, adaugă că, existența aceluiași document constatator a reprezentat motiv de excludere a și dintr-o altă procedură derulată de aceeași autoritate contractantă, emitentă a documentului, prin decizia CNSC nr. 2236/C8/2287, 2290, 2291, 2292, 2303, 2304/26.10.2022, menținută prin Decizia civilă nr. 318/07.02.2023 a Curții de Apel București.

..... prezintă o serie de aspecte în susținerea faptului că, în speță, nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, în sensul că nu se face dovada credibilității operatorului economic, la acest moment, documentul constatator fiind un act administrativ care produce efecte juridice, nefiind anulat sau suspendat, iar prin justificările aduse nu se susțin măsurile care pot fi luate potrivit dispozițiilor art. 184 alin. (3) din același act normativ.

În susținere, autoarea intervenției invocă jurisprudența CJUE în materie.

În continuare, invocând prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și dispozițiile art. 33 alin. (1) Cod procedură civilă, intervenienta învederează faptul că, în contextul în care, analizând contestația depusă de, Consiliul urmează să rețină caracterul nefondat al criticilor cu privire la excluderea reclamantei, nu mai pot fi analizate criticile formulate de aceasta împotriva ofertei asocierii, fiind lipsite de interes, în condițiile în care, oricare ar fi rezultatul analizei, nu mai există nicio posibilitate de atribuire a contractului către societatea contestatoare.

În susținerea admiterii excepției lipsei de interes invocată, autoarea intervenției prezintă cele reținute de către Curtea de Justiție a Comunităților Europene și de către CNSC în cauze similare.

Contrar argumentelor din contestație, prin contractele invocate și documentele puse la dispoziția comisiei de evaluare, asocierea apreciază că a făcut dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, având în vedere aspectele prezentate în cele ce urmează:

- La un simplu calcul al valorii lucrărilor executate de asociatul se poate constata că aceasta este mult mai mare decât cea solicitată prin documentația de atribuire, sens în care în mod corect a reținut comisia de evaluare ca fiind îndeplinită cerința de calificare a experienței similare;

- Argumentele invocate prin contestație, referitoare la modificarea contractelor prezentate drept experiență similară nu pot fi primite la soluționarea raportului juridic litigios, aceasta deoarece Consiliul nu este

competent a se pronunța asupra legalității modalității de redistribuire a cotelor în cadrul unui contract;

- Fiind prezentate documente eliberate de chiar beneficiarii lucrărilor, prin care aceștia au confirmat valoarea lucrărilor executate de, în mod corect achizițarea a reținut îndeplinirea cerinței de calificare, aceasta cu atât mai mult cu cât nu există nicio interdicție de a se reloca cotele de participare într-o asociere. Mai mult, modificarea cotelor de participare este chiar permisă de legislația în materia achizițiilor publice, în conformitate cu prevederile art. 7 alin. (2) lit. c) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021.

Intervenienta consideră a fi nefondate inclusiv susținerile reclamantei legate de lucrările de instalații electrice (medie tensiune), ținând cont că, așa cum rezultă din documentația de atribuire, în obiectul contractului au fost prevăzute lucrări de instalații electrice, aceste sume fiind chiar previzionate ca obligatorii de către entitatea contractantă, conform centralizator LDC și LDC 2 (prezentate în cuprinsul cererii de intervenție).

În continuare, autoarea intervenției aduce argumente în susținerea faptului că asocierea are capacitatea de a realiza activitățile de supraveghere arheologică pe perioada execuției lucrărilor, învederând faptul că, potrivit jurisprudenței constante a CNSC, prin depunerea ofertei, operatorii economici își însușesc și se obligă să respecte regulile impuse de entitatea contractantă.

Intervenienta subliniază faptul că achizițarea nu poate respinge o ofertă care a respectat cerințele documentației, astfel cum aceasta a fost publicată în SEAP, prin reinterpretarea acesteia.

În raport de criticile contestatoarei, în opinia intervenientei, trebuie avut în vedere că, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, solicitarea de cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională în documentația de atribuire este *FACULTATIVA*, iar nu obligatorie, aspect care rezultă din cuprinsul prevederilor art. 185 alin. (1) lit. c) și ale art. 191 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Într-o astfel de situație, cu respectarea principiului transparenței, ...semnalează că evaluarea ofertei se realizează în mod obligatoriu pe baza cerințelor de calificare evidențiate în conținutul anunțului de participare și al fișei de date a achiziției, întrucât, în raport de dispozițiile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, o eventuală respingere a ofertei poate fi dispusă pentru neîndeplinirea cerințelor de calificare din documentație, iar nu pentru unele inexistente.

În acest context, intervenienta afirmă că, nefiind prevăzută cerința deținerii atestatelor/autorizațiilor, potrivit principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare simplificat, participantele la procedura de atribuire nu aveau obligația de a face dovada deținerii acestora, iar, în același timp, nici comisia de evaluare nu putea condiționa admisibilitatea ofertelor de prezentarea unor asemenea documente.

În susținerea celor de mai sus, ...invocă jurisprudența CJUE și a instanțelor naționale în materie, remarcând faptul că adaugă practic o cerință neprevăzută în documentația de atribuire, atunci când solicită admiterea contestației, aspect contrar principiului transparenței.

Din interpretarea prevederilor art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016, autoarea intervenției evidențiază faptul că, pentru a exista obligația nominalizării de subcontractanți, este necesar ca aceștia să realizeze activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție sectorială aferent procedurii de atribuire, iar nu activități conexe obiectului contractului, de supraveghere a activităților acestuia.

Or, potrivit documentației de atribuire, atrage atenția intervenienta, obiectul contractului este reprezentat de servicii de proiectare și execuție lucrări, situație în care, dat fiind că activitatea de supraveghere nu face parte din obiectul contractului, devin incidente prevederile art. 3 alin. (1) lit. y) din Legea nr. 99/2016, activitatea în discuție fiind realizată de către un furnizor care prestează servicii către asociera , care nu are calitatea de subcontractant, criticile fiind nefondate.

În susținerea celor de mai sus, intervenienta invocă jurisprudența instanțelor naționale în materie.

Raportat la critica privind punctarea eronată a ofertei câștigătoare pentru îndeplinirea factorului de evaluare - *gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice*, autoarea intervenției apreciază că afirmațiile reclamantei sunt speculative, nemotivate, asociera depunând în cadrul ofertei un grafic prin care sunt prezentate toate elementele solicitate (activități, subactivități, drum critic, etc.), coroborate cu tipurile de resurse necesare, defalcate pe echipe specifice, prezentare „*schematica*” care are 69 de pagini și care se găsește în propunerea sa tehnică la paginile 1014-1083.

Totodată, precizează că *prezentarea schematica* a fost coroborată cu documentul: *Descrierea resurselor alocate cu evidentiarea relațiilor dintre activități* (paginile 1007-1013).

.....învădă faptul că 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, o contestație motivată pe parcursul procesului în urma accesului la dosarul achiziției publice, invocând în susținere jurisprudența CNSC și a Curții de Apel Cluj în materie.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016 și ale HG nr. 394/2016.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 25791/12.05.2023, în urma studierii dosarului cauzei constituit la Consiliu, ... a transmis *concluzii scrise*, în replică față de punctul de vedere exprimat de entitatea contractantă și față de cererea de intervenție formulată de, aducând

argumente în susținerea respingerii respectivei cereri de intervenție și a admiterii contestației așa cum a fost formulată.

Astfel, reclamanta precizează că, entitatea contractantă, *substituindu-se instanței judecătorești și abuzând de dreptul de apreciere* pe care îl are în ceea ce privește excluderea unui operator economic din procedura de atribuire, se apără pe argumente precum cele legate de *pretinsa* răspundere solidară care revenea membrilor asocierii (executant al contractului nr. 775/19.05.2010 a cărui încetare a condus la emiterea unui document constatator), ignorând complet faptul că obligațiile în materie de proiectare, pentru a căror neîndeplinire a fost emis documentul constatator, nu erau în sarcina, ci în sarcina, în calitate de lider al asocierii, și că, la nivelul contractului de asociere, nu era reglementată o eventuală răspundere solidară.

Contestatoarea consideră că achiziția ar fi trebuit să analizeze în ce măsură motivul pentru care a fost emis documentul constatator ar fi de natură să impacteze în mod negativ capacitatea societății sale de a executa contractul care face obiectul procedurii în cauză.

Totodată, apreciază că, entitatea contractantă nu se poate decide asupra motivului real de excludere a ofertei, afirmând, pe de o parte, faptul că documentul constatator nu implică în mod direct excluderea din procedura de atribuire, însă, pe de altă parte, susținând caracterul executoriu al acestui document, cu consecința aplicării măsurii de excludere.

Reclamanta învederează faptul că argumentele formulate de în cuprinsul cererii de intervenție se impun a fi respinse, invocând în susținere jurisprudența recentă a CJUE (Hotărârea din 23 ianuarie 2023, pronunțată în cauza C-682/21), care confirmă că este nelegală practica emiterii unui document constatator negativ pe numele tuturor societăților dintr-o asociere, câtă vreme se poate decela că obligațiile pentru neexecutarea cărora a fost reziliat un contract erau doar în sarcina unui singur membru al asocierii.

Raportat la excepția lipsei de interes a contestației sub aspectul criticilor vizând oferta asocierii, invocată de autoarea intervenției, ... arată că admiterea criticilor sale față de nelegalitatea excluderii din procedura de atribuire conduc la obligația entității contractante de a evalua oferta sa din punct de vedere tehnic și financiar.

Adaugă că, în aceste condiții, în evaluarea ofertelor admisibile, prin prisma criticilor aduse ofertei asocierii, în măsura admiterii lor, apare că aceasta din urmă se impune a fi declarată ca neconformă, ceea ce ar conduce la atribuirea contractului către

Atât timp cât oferta nu a fost exclusă în mod definitiv din procedura de atribuire, interesul în promovarea contestației este justificat, iar în acest context sunt aplicabile prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la criticile sale vizând neîndeplinirea de către oferta asocierii a criteriului de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională, reclamanta remarcă faptul că, în accepțiunea achizitoarei, nivelul de experiență similară dobândită de către operatorul economic în contracte anterioare este irelevant, ceea ce a evaluat în îndeplinirea criteriului de calificare fiind, în fapt, o serie de declarații, documente fără putere juridică și care nu se regăsesc în niciun context în ordinea de precedență a documentelor ce compun documentele contractuale pentru niciun obiectiv, oricare ar fi acesta, și nici în documentele probatorii pe care ofertantele trebuiau să le transmită conform mențiunilor din cadrul fișei de date.

Raportat la critica sa privind supravegherea arheologică, contestatoarea arată că simpla declarație că ofertanta s-a angajat, prin propunerea tehnică și prin cea financiară, să execute lucrările cu respectarea cerințelor referitoare la supravegherea arheologică, nu poate fi considerată suficientă, o astfel de activitate impunându-se a fi cotată financiar și considerată în propunerea tehnică de la bun început.

În final, ... precizează că nici entitatea contractantă și nici intervenienta nu au adus absolut niciun argument în combaterea criticii vizând punctarea eronată a ofertei asocierii câștigătoare (pentru îndeplinirea factorului de evaluare - *gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice*), ci doar au considerat oportun să reia integral prevederile documentației de atribuire, afirmând pur declarativ că programul de execuție întocmit de asocieria respectă aceste prevederi și criteriile pentru acordarea punctajului maxim.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 26273/16.05.2023, în urma studierii dosarului cauzei constituit la Consiliu, ... a transmis *concluzii scrise*, prezentând o serie de aspecte în susținerea celor solicitate în cuprinsul cererii sale de intervenție.

În dovedirea cheltuielilor de judecată, prin adresa susmenționată, ..., în calitate de intervenientă în cadrul dosarului CNSC nr. 1075/2023, a transmis factura nr. 0082/03.05.2023, în sumă totală de lei, aferentă onorariului avocațial și extrasul de cont care atestă încasarea în data de 05.05.2023 a respectivului onorariu de către avocat

..... a constituit cauțiunea în sumă de lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr., eliberată de Raiffeisen Bank – Agenția 13 Septembrie, înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr. 1026/25.04.2023.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *BV-CL-R01 „.....”, cod CPV principal: 45232150-8 Lucrări pentru*

conduce de alimentare cu apa (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. Conform anunțului, valoarea estimată a contractului este cuprinsă de Ron, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

La procedură, au fost depuse trei oferte, respectiv de asocierea - -, ... și asocierea, prima fiind desemnată câștigătoare, cea secundă exclusă din procedură în baza art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 iar cea de-a treia respinsă, ca neconformă și inacceptabilă, potrivit raportului procedurii nr. B 2189/06.04.2023.

Nemulțumită de acest rezultat, ... a formulat prezenta contestație, solicitând anularea acestuia și reevaluarea ofertei sale și a asocierii desemnată câștigătoare.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând asocierii - -, prin liderul, Consiliul ia act că aceasta are calitatea de ofertant declarat câștigător, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, la data de 05.05.2023, în termenul legal de 10 zile de la publicarea contestației (25.04.2023 – potrivit extrasului SEAP), motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Cererea este accesorie, de intervenție în favoarea entității contractante.

Având a se pronunța asupra deciziei de excludere a, sintetizând cele comunicate de SA prin adresa nr. B 2190/06.04.2023, Consiliul reține că s-a constatat existența documentelor constatatoare nr. 2599/14.09.2021 și nr. 2600/14.09.2021, declarate la nivelul DUAE de către și AG (terțul susținător declarat).

În cuprinsul aceluiași înscris, a susținut entitatea contractantă că a făcut aplicarea art. 184 din Legea nr. 99/2016 și a dat posibilitatea operatorului economic să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în mod concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, însă nu a putut analiza dovezi credibile, deoarece ofertantul nu le-a prezentat acesta negând orice fel de răspundere. La data primirii răspunsului la solicitarea de clarificări, arată entitatea, documentele constatatoare există, nu sunt suspendate și produc efect, iar stabilirea culpei face obiectul unor acțiuni aflate pe rolul instanțelor de judecată, niciunul dintre litigii nefiind soluționat definitiv.

Relativ la motivul excluderii, reține Consiliul că la nivelul DUAE, ..., în calitate de ofertant, a declarat *documentul constatator nr. 2600/14.09.2021* emis de CNAIR –, pe numele său, în legătură cu contractul nr. 775/19.05.2010 având ca obiect *prestarea serviciilor de proiectare (elaborare expertiză tehnică, PTH, DDE, AT) și executarea lucrărilor de construcție pentru obiectivul Modernizare km 0+000 –*

km 188+200. Se arată că la pct. 8, lit. b) din respectivul înscris s-a consemnat: nu a fost predată documentația tehnică (proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente iar la pct. 9 cu titlu de prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului este menționată suma de 371.649,13 lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată cu penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de asocierea (lider de asociere), ...

De asemenea, ..., în calitate de terț susținător, a declarat *documentul constatator nr. 2599/14.09.2021*, emis de-, pe numele său, în legătură cu același contract nr. 775/19.05.2010 având ca obiect *prestarea serviciilor de proiectare (elaborare expertiză tehnică, PTH, DDE, AT) și executarea lucrărilor de construcție pentru obiectivul Modernizare km 0+000 – km 188+200*. Se arată că la pct. 8, lit. b) din respectivul înscris s-a consemnat: nu a fost predată documentația tehnică (proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente iar la pct. 9 cu titlu de prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului este menționată suma de 371.649,13 lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată cu penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de asocierea

Printre documentele ofertei, Consiliul identifică depunerea documentului constatator nr. 2599, cererea de chemare în judecată a și AG prin care se solicită anularea documentelor constatatoare nr. 2599/14.09.2021 și 2600/14.09.2021, cererea de suspendare a executării acestor documente, acordul de asociere nr. 79/17.12.2009 încheiat între AG (lider de asociere), ..., ..., actul adițional nr. 1 la acordul de asociere nr. 79/17.12.2009, Standardele minime valabile pentru achiziția și execuția proiectelor de construcții din Concernul SE.

Făcând aplicarea dispozițiilor art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă a solicitat prin intermediul adresei nr. 89/12.01.2023, prezentarea de alte documente/dovezi, pe care le consideră relevante privind demonstrarea în concret a credibilității prin raportare la motivele de excludere, cerând, totodată, cu relevanță în soluționare, informații privind stadiul soluționării dosarului nr. 33578/3/2021 și transmiterea documentului constatator nr. 2600/14.09.2021.

Răspunzând solicitării, ... a arătat că la data de 28.03.2022, prin hotărârea nr. 587, instanța a dispus respingerea, ca neîntemeiată, a cererii de suspendare a executării documentelor constatatoare nr. 2599/14.09.2021 și nr. 2600/14.09.2021 și că va fi formulat recursul în termen de 5 zile de la data comunicării hotărârii, până la acea dată, hotărârea nefiind comunicată. A fost depus și documentul constatator nr. 2600/14.09.2021.

Totodată, ... a susținut că a transmis al momentul depunerii ofertei o serie întreagă de documente pe care le-a considerat relevante în scopul justificării credibilității, prin raportare la motivele de excludere. Explicațiile prezentate în cadrul DUAЕ au fost însoțite de copii ale documentelor de chemare în judecată, ce relevă lipsa de temeinicie a deciziei autorității contractante și s-au anexat documente care confirmă politica pro-activă a Concernului privind preîntâmpinarea oricăror incidente similare. De asemenea, ... a precizat că în intervalul scurs de la data semnării contractului criticat a executat lucrări în valoare de peste 10 miliarde Ron, fără a înregistra vreun alt certificat constatat negativ.

Comisia de evaluare a apreciat că ofertantul nu a prezentat dovezi prin care să ateste credibilitatea sa.

Consiliul stabilește că, sub imperiul legii valabile la momentul prezentei proceduri, sunt aplicabile dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 ce stabilesc:

(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/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 revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale 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.

De asemenea, dispozițiile art. 184 din același act normativ prevăd măsuri de atenuare a acestei sancțiuni, după cum urmează:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) le poate furniza entității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea

unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Entitatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu [alin. \(3\)](#), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la [alin. \(3¹\)](#) sunt considerate insuficiente de către entitatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

Raportat la normele legale incidente, rezultă faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă entitatea contractantă cu privire la credibilitatea prezentă a ofertantului.

Dispozițiile art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, stabilesc că entitatea contractantă este cea care analizează caracterul satisfăcător al dovezilor prezentate de ofertant, dispunând, așadar, de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în aplicarea principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) din același act normativ.

Altfel spus, entitatea contractantă are posibilitatea și nu obligația de a considera dovezile prezentate de ofertant ca fiind suficiente pentru demonstrarea credibilității.

Dreptul de apreciere nu poate fi cenzurat de organismul de control, dat fiind că exercitarea lui antrenează o opțiune unilaterală a entității de a se angaja în viitor în relații contractuale cu întreprinderi al căror comportament a fost pus, într-un mod semnificativ și cu suficientă certitudine, sub semnul îndoielii. Un astfel de drept de apreciere ar putea face obiect al controlului numai în măsura în care exercitarea lui s-ar face abuziv, dincolo de limitele impuse de lege. Or, în cazul dedus judecății, comisia de evaluare a analizat și a prezentat motivele pentru care soluția menținerii în procedură a contestatoarei, nu se impune.

În atari circumstanțe, Consiliul face trimitere la recitalul 101 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului: (...)Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui, de

asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic (...).

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți**, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul 4 din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.**

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (..... *împotriva*).

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că entitatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, și, că, mai mult, alegerea a fost justificată, în esență, de faptul că nu s-a făcut dovada că au fost adoptate măsuri concrete prin care să demonstreze credibilitatea și nu au fost arătate comisiei că au fost întreprinse măsuri privind achitarea prejudiciilor.

Relativ la lipsa culpei constând în neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate (făcând trimitere la documentul constatator nr. 2600/14.09.2021 emis în legătură cu contractul 775/19.05.2010), Consiliul apreciază că stabilirea răspunderii membrilor asocierii din contractul nr. 775/19.05.2010 nu este de competența organismului administrativ-jurisdicțional, putând face, eventual, obiectul litigiului în instanță având ca obiect anularea respectivelor documente constatatoare.

Faptul că se bucură de o bună reputație, dovadă fiind documentele constatatoare publicate în SEAP, nu este în măsură să oblige achizitorul să treacă peste situația de fapt prezentată sau să accepte ca suficiente probele administrate. Mai mult, certificatele constatatoare pozitive eliberate de o serie de autorități contractante, nu sunt în sensul dovezilor prevăzute de art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, care să demonstreze adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional.

Prin urmare, se constată că, privitor la decizia atacată prin prezentul demers de contestare, nu se poate reține nici pretinsa încălcare a legii și nici exercitarea dreptului de apreciere cu exces de putere, entitatea contractantă stabilind motivat, raportat la concluziile analizei proprii efectuată asupra documentelor probante și explicațiilor furnizate de ofertant, de ce nu păstrează în procedură oferta contestatoarei.

Pronunțarea de către Curtea de Apel Craiova asupra documentelor constatatoare în cauză, în favoarea, nu este de natură să oblige prezenta entitate să accepte în procedură societatea contestatoare, mai cu seamă că, pe de o parte, în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar, pe de altă parte, fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, decizia Consiliului trebuind să se bazeze pe documentele emise și la regulile trasate în procedura de atribuire în cauză.

În lumina considerentelor mai sus expuse, Consiliul stabilește că nu există motive pentru infirmarea deciziei entității contractante și pentru anularea raportului nr. B 2189/06.04.2023 în ceea ce privește decizia de excludere a

În continuare, preliminar analizei aspectelor criticate în legătură cu oferta asocierii - -, desemnată câștigătoare, se impune pronunțarea asupra excepției lipsei de interes în formularea unor astfel de critici, invocată de societatea intervenientă, aceasta din urmă argumentând în susținerea excepției, reținerea de către Consiliu a caracterului nefondat al criticilor cu privire la excluderea

În analiza sa, Consiliul apelează la jurisprudența CJUE ce se aplică cu prioritate în sistemul judiciar intern, respectiv la considerentele hotărârii pronunțată în cauza C-131/16, *Archus și Gama*, potrivit căroră:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme

detaliat pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), **indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii**. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într-o asemenea situație, 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de

achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, Archus și Gama au formulat **o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice**. Într-o asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, **în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt** –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

Consiliul reține că, în speță, este pe deplin aplicabilă interpretarea de mai sus a CJUE, atât timp cât există o acțiune simultană a împotriva deciziei de respingere a ofertei sale și împotriva deciziei privind admisibilitatea ofertelor concurente. Nu suntem în prezența situației din cauza C-355/15 (Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*), unde s-a statuat că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus** dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **printr-o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, întrucât, în prezenta cauză, asocierea nu a fost exclusă definitiv din procedură**.

De asemenea, aplicabile sunt și considerentele Hotărârii Curții din 5 septembrie 2019, Lombardi, C-333/18, potrivit căroră: Astfel, ofertantului clasat, precum în speță, pe locul al treilea și care a introdus acțiunea principală trebuie să îi fie recunoscut un interes legitim în excluderea ofertei adjudecatarului și a ofertantului plasat pe locul al doilea, întrucât nu se poate exclude ca, **chiar dacă oferta sa este considerată nelegală, autoritatea contractantă să fie determinată să constate imposibilitatea de a selecționa o altă ofertă legală și să efectueze ulterior organizarea unei noi proceduri**. În special, în cazul în care acțiunea ofertantului care nu a fost ales ar fi considerată întemeiată, autoritatea contractantă ar putea lua decizia de a anula procedura și de a iniția o nouă procedură de atribuire pentru motivul că ofertele legale rămase nu corespund suficient așteptărilor autorității contractante.

Așadar, rezultă că se recunoaște un interes dacă prin acțiunea formulată, autorul acesteia, a cărei ofertă a fost respinsă, urmărește respingerea tuturor ofertelor admisibile primite în procedura respectivă, scopul fiind acela de anulare a procedurii. Or, în speța dedusă judecătii, o asemenea finalitate poate fi atinsă în urma judecării criticilor din contestație.

În condițiile expuse, Consiliul stabilește că, în cauză, nu operează excepția lipsei de interes în formularea criticilor în privința asocierii desemnată câștigătoare, invocată de societatea intervenientă.

Pe fondul celor reclamate, sub aspectul îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională de către asocieria desemnată câștigătoare prin raportare la contractele indicate, Consiliul are în vedere existența cerinței de calificare din cadrul secțiunii III.1.3 a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, cu următorul conținut:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani, împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor a executat și a dus la bun sfârșit lucrări similare sau superioare din punct de vedere al complexității cu cele care fac obiectul prezentului contract, în valoare cumulată de minimum 50.000.000,00 lei, la nivelul a maxim 3 contracte.

(...)

Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile: numărul și data contractului invocat, valoarea contractului Lei fără TVA, valoarea lucrărilor similar în lei fără TVA, beneficiarul, obiectul, perioada de prestare, calitatea ofertantului în contract, ponderea și activitățile pentru care a fost responsabil.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor sunt următoarele (fără a se limita la acestea): copii ale unor părți relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit; recomandări; procese-verbale de recepție; certificări de bună execuție; certificate constatatoare; orice alte documente relevante care să dovedească îndeplinirea cerinței solicitate, emise sau contrasemnate de o autoritate ori clientul privat beneficiar, din care să rezulte:

- numărul și data contractului invocat drept experiență similară,
- valoarea lucrărilor similare executate, Lei fără TVA
- beneficiarul,
- obiectul contractului detaliat,
- perioada de executare,
- calitatea ofertantului în contract, ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil,
- modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale și, dacă este cazul, eventualele prejudicii. Dacă se decalculează termenul de depunere al ofertelor, se va extinde corespunzător (cu zilele de decalare) și perioada aferentă experienței similare.

În acest sens, Autoritatea Contractantă are dreptul, în conformitate cu Instrucțiunea ANAP nr.2/2017 art. 12 (5), de a se adresa inclusiv Beneficiarului final al

produselor/serviciilor/lucrarilor care fac obiectul contractului prezentat drept experiența similară pentru confirmarea celor prezentate de Ofertant.

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

Toti membrii asocierii au obligația de a completa DUAЕ cu toate informațiile aferente situației lor. Odata cu DUAЕ se va depune în SEAP și Acordul de asociere – Formular nr 4 2.

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută. Tertul/terții sustinator/i vor completa DUAЕ cu informațiile aferente situației lor.

Astfel, cum rezultă din documentele ofertei asocierii – –, pentru îndeplinirea cerinței mai sus redate, aceasta s-a prevalat de existența a trei contracte, respectiv:

- *Acordul contractual nr. 14031 din 19.05.2020 – Extinderea și reabilitarea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în orașul, Beneficiar:, Executant: 99,75%, valoarea lucrărilor executate: 31.148.725,87 lei, perioada de derulare a contractului: 19.05.2020-07.07.2022;*

- *Contractul nr. 2352 din 07.11.2018 – Înființarea sistemului de alimentare cu apă și canalizare în localitatea, Executant:- 100%, valoarea lucrărilor executate: 15.585.452,37 lei, perioada de derulare a contractului: 07.11.2018-10.12.2021;*

- *Contractul nr. 2818 din 31.01.2019 – Rețea de canalizare menajeră în localitatea, Beneficiar:, Executant: 100%, valoarea lucrărilor executate: 9.517.448,93 lei, perioada de derulare a contractului: 31.01.2019-05.11.2020.*

Relativ la *acordul contractual nr. 14031 din 19.05.2020*, contestatoarea susține că entitatea contractantă ar fi trebuit să rețină valoarea de 26.048.223,06 lei (rezultată din aplicarea procentului de 84,12% - cota de participare a, potrivit acordului de asociere – la valoarea de 30.965.552,85 lei – valoarea aferentă execuției lucrărilor), și nu valoarea de 31.148.725,87 lei, cum a consemnat achizițoarea.

Într-un prim aspect, Consiliul observă că în procesul-verbal nr. 1387/03.04.2023, entitatea contractantă, în referire la contractul nr. 14031 din 19.05.2020, a reținut valoarea de 30.888.138,97 lei, și nu valoarea de 31.148.725,87 lei, cum susține autoarea contestației.

Se constată, de asemenea, că printre documentele comunicate de asocierea ofertantă, în referire la *acordul contractual nr. 14031 din 19.05.2020* la interpelarea entității contractante de transmitere a documentelor justificative DUAЕ (adresa nr. B 1402/03.03.2023) se regăsesc:

- *acordul contractual nr. 14031 din 19.05.2020* încheiat între, în calitate de Beneficiar și asocierea –, în calitate de Antreprenor;

- procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 14202/31.03.2022 din care rezultă recepționarea lucrărilor în valoare de 2.137.002,69 lei, fără TVA;

- procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 29656/07.07.2022 din care rezultă recepționarea lucrărilor în valoare de 29.098.006,13 lei, fără TVA;

- *acordul de asociere nr. 224/10.02.2020, încheiat între – lider de asociere - – asociat 1 - – asociat 2, încheiat în vederea participării în comun pentru execuția lucrărilor în cadrul contractului Extinderea și reabilitarea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în orașul, din care rezultă cotele de participare ale fiecăruia dintre membri, astfel:*

✓ lider de asociere:84,12%

✓ lider 1:8,02%

✓ lider 2:7,86%.

- *actul adițional nr. 1/01.10.2020 la acordul de asociere 224/10.02.2020 prin care părțile au convenit cotele de participare în cadrul asocierii astfel:*

✓ lider de asociere:99,75%

✓ lider 1:0,15%

✓ lider 2:0,10%.

- adresa nr. 1348/07.07.2022 emisă de asociatul către beneficiarul și liderul asocierii prin care se comunică că, în cadrul contractului *Extinderea și reabilitarea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în orașul, a executat real doar cota de 0,1% din valoarea lucrărilor, restul lucrărilor fiind executate în integralitate de liderul asocierii*;

- adresa nr. 6604/07.07.2022 emisă de asociatul către beneficiarul și liderul asocierii prin care se comunică că, în cadrul contractului *Extinderea și reabilitarea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în orașul, a executat real doar cota de 0,15% din valoarea lucrărilor, restul lucrărilor fiind executate în integralitate de liderul asocierii*;

Ulterior primirii acestor înscrisuri, prin adresa nr. 1080/15.03.2023, entitatea contractantă a solicitat asocierii cu privire la contractul nr. 14031/19.05.2020 un document însoțit de beneficiarul lucrării cu privire la modificarea acordului de asociere aferent contractului.

Ofertantul a răspuns transmițând documentul constatator nr. 1 emis în data de 21.07.2022 emis de (beneficiarul lucrării) din care reiese că valoarea lucrărilor executate de liderul asocierii este de 31.226.792,85 lei.

Nemulțumită de acest răspuns, la data de 23.03.2023, prin intermediul adresei nr. 1257, entitatea contractantă în cauză s-a adresat beneficiarului lucrării, ..., cerându-i acesteia să comunice valoarea

totală a lucrărilor executate în cadrul contractului nr. 14031/19.05.2020 și procentul deținut de în cadrul asocierii.

Prin adresa nr. 1302/28.03.2023, ... a comunicat faptul că valoarea totală a lucrărilor executate în cadrul contractului menționat a fost de 31.226.792,85 lei fără TVA, din care cheltuieli cu proiectarea 261.240,00 lei fără TVA și cheltuieli cu investiția de bază 30.965.552,85 lei. Procentul deținut de societatea în cadrul asocierii a fost de 99,75 %.

Sintetizând situația de fapt, Consiliul expune următoarele:

- în cadrul contractului nr. 14031/19.05.2020, valoarea lucrărilor executate, confirmate de beneficiarul lucrării, este de 31.226.792,85 lei (261.240,00 lei – proiectare + 30.965.552,85 lei – investiția de bază;

- cota de participare a (asociat în cadrul asocierii desemnată câștigătoare în prezenta procedură) și lider de asociere în cadrul asocierii desemnată să execute contractul nr. 14031/19.05.2020, a fost de 99,75 %, fapt rezultat din actul adițional nr. 1/01.10.2020 la acordul de asociere nr. 224/10.02.2020 și confirmat de beneficiarul lucrărilor

Fiind în prezența unor documente relevante în sensul celor stabilite la nivelul documentației de atribuire, emise de beneficiar și a unor înscrisuri ce emană de la membrii asocierii executantă a lucrărilor, obiect al contractului nr. 14031/19.05.2020, Consiliul stabilește că, în vederea îndeplinirii cerinței de calificare, valoarea ce se impunea a fi reținută pentru contractul în cauză este de 30.888.138,97 lei (30.965.552,85 lei – investiția de bază x 99,75% - cota de implicare a), astfel cum corect a calculat și expertul cooptat în raportul său înregistrat sub nr. 1357/30.03.2023, și însușită și de entitate.

Contestatoarea încearcă să răstoarne această concluzie, susținând că modificarea cotelor asocierii intervenită în cadrul contractului nr. 14031/19.05.2020 nu a fost adusă la cunoștința beneficiarului, actul adițional nr. 1 la acordul de asociere neputând fi luat în considerare.

Însă, Consiliul, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 273 din codul de procedură civilă [înscrișul sub semnătură privată, recunoscut de cel căruia îi este opus sau, după caz, socotit de lege ca recunoscut, face dovada între părți până la proba contrară] nu pune în discuție puterea doveditoare a actului adițional nr. 1/01.10.2020 la acordul de asociere nr. 224/10.02.2020, încheiat între semnatarii acestuia.

De asemenea, răspunsul beneficiarului lucrărilor executate în baza contractului nr. 14031/19.05.2020, ..., interpelat de entitatea contractantă, prin care confirmă procentul de 99,75% executat de liderul asocierii, reprezintă un document justificativ care nu poate fi ignorat de către entitate.

Aceste înscrisuri sunt valabile, produc efecte juridice și trebuie recunoscute de entitatea contractantă, până la dovedirea caracterului

nereal al conținutului lor, respectiv nu pot fi considerate nelegale/neveridice sau ignorate de către entitate.

Documentele înaintate sunt apte, astfel, să formeze convingerea Consiliului asupra corectitudinii celor reținute de entitatea contractantă în privința contractului nr. 14031/19.05.2020.

În acest context, față de criticile aduse celorlalte două contracte prezentate de asocierea - -, Consiliul stabilește că, și cu luarea în considerare a valorilor promovate de autoarea contestației de 14.509.347,83 lei – contract nr. 2352/07.11.2018, 8.878.175,59 lei (aceasta este, de fapt, și valoarea reținută de entitatea contractantă în actele evaluării, pentru acest contract) – contract nr. 2818/31.01.2019, soarta ofertei rămâne neschimbată sub aspectul atingerii pragului valoric de 50.000.000 lei, necesar pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară (30.888.138,97 lei + 14.509.347,83 lei + 8.878.175,59 lei).

Astfel fiind, Consiliul nu va achiesa la susținerile contestatoarei privind neîndeplinirea cerinței privind experiența similară de către asocierea câștigătoare.

În continuare, contestatoarea reclamă faptul că asocierea - - nu a demonstrat că poate realiza supravegherea arheologică pe perioada execuției lucrărilor. În susținerea poziției sale, arată că niciunul dintre membrii asocierii nu reprezintă o instituție de profil muzeal, respectiv nu deține atestările necesare iar asocierea nici nu a subcontractat această activitate.

Având a stabili dacă activitatea de supraveghere arheologică este inclusă în obiectul contractului cu consecințe asupra necesității declarării entităților de profil muzeal ca subcontractanți, Consiliul face apel la fișa de date a achiziției, unde la secțiunea II *Obiectul contractului* – subsecțiunea II.2.4 *Descrierea achiziției publice* sunt prevăzute următoarele:

În cadrul acestui contract se vor realiza:

- Extinderea conductei de aducțiune pe o lungime de $L = 6.566$ m, fota ductila Dn 600 mm;
- Lungimea totală a lucrărilor de extindere pe rețeaua de distribuție, care se va executa în cadrul acestui contract, este de $L = 28.042$ m – cartier Stupini.
- Lungimea totală a lucrărilor de extindere pe rețeaua de distribuție, care se va executa în cadrul acestui contract, este de $L = 440$ m fona ductila, Dn 400 mm – zona centrală – municipiul Brașov.
- Rețeaua de distribuție existentă se va reabilita pe o lungime totală $L_{total} = 5.333$ m.
- Lungimea totală a lucrărilor de extindere pe rețeaua de canalizare, care se va executa în cadrul acestui contract, este $L = 40.133$ m cartier Stupini.
- Execuția a 26 stații de pompare apă uzată.
- Conductele de refulare în lungime totală de 6.336 m.

Aceleași lucrări sunt descrise și în cap. 2 *Specificații* – *Secțiunea 1-Cadrul General* – *Cerințe Specifice Proiectului* a documentației de atribuire la fila 12.

Se constată astfel că la capitolul dedicat nu se va face vorbire despre activitatea de supraveghere arheologică, mențiune cu privire la acest tip de activitate regăsindu-se la cap. 2 *Specificații* a documentației de atribuire, secțiunea 2.14.1 *Autorizații și avize obținute* unde se arată că:

Conform legislației în vigoare, respectiv Legea nr. 422/2001 republicată, prin protejarea monumentelor istorice, cu modificările ulterioare și OG nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național, republicată, cu modificările și completările aduse de Legea nr. 258/2006, toate lucrările de săpătură necesare pentru realizarea proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Brașov, se vor executa cu asigurarea cercetării/supravegherii arheologice de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi atestați de MC, în conformitate cu avizele Direcției Județene de Cultură Brașov incluse în Capitolul 5. Toate cheltuielile pentru obținerea autorizațiilor de cercetare/supraveghere și a lucrărilor specifice indicate în acestea vor fi în sarcina Antreprenorului.

În dezacord cu aprecierile contestatoarei cum că trebuia nominalizat un subcontractant pentru realizarea cercetării/supravegherii arheologice, Consiliul stabilește că nu ne aflăm în ipoteza în care o prestație se subscie sferei obiectului contractului.

Subcontractantul, astfel cum este definit la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, este operatorul economic care execută părți din obiectul contractului. Ori, în speță, obiectul contractului de lucrări este reprezentat de extinderea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare.

Activitatea de cercetare/supraveghere arheologică intră în categoria serviciilor conexe obiectului contractului și de aceea asocierea ofertantă nu avea obligația de a declara subcontractant pe cel desemnat în poziția de a realiza activitatea în cauză, ea putând fi prestată de un furnizor în înțelesul art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016. Doar activitățile care fac parte din obiectul contractului nu ar putea fi prestate de furnizori, ceea ce nu este cazul în speță.

Nu este tăgăduită necesitatea prestării unei astfel de activități pe parcursul execuției contractului, mai cu seamă că și avizul nr. 393/Z/03.12.2019 emis de Ministerul Culturii este emis condiționat de *supravegherea arheologică pentru zonele protejate /zonele de protecție*, ci faptul că aceasta se subscie obiectului contractului obligând la nominalizarea de subcontractanți.

Mai mult, important a fi menționat este faptul că, în prezenta procedură, ofertanții nu au fost ținuti a nominaliza personalul sau o anumită structură a personalului, entitatea contractantă chiar punctând prin răspunsul 16.a. din clarificarea nr. 2 la documentația de atribuire că fiecare ofertant își va dimensiona echipele de lucru în funcție de propria experiență și că nu s-a solicitat nominalizarea de personal în cadrul ofertei.

Cât privește lipsa atestărilor emise în baza Ordonanța Guvernului nr. 43/2000 *privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național* reclamată de autoarea contestației, aceasta se impune a fi analizată cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 164 din Legea nr. 99/2016, potrivit cu care Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, dar și prevederilor art. 88 din același act normativ, potrivit cu care Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă.

Nu în ultimul rând, în baza art. 133 alin. (1) lit. b) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare are atribuția de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți.

Așadar, Consiliul determină, față de ansamblul legislației pe linie de achiziții publice, că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca entitatea contractantă să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

În lumina prevederilor legale menționate, dacă considera necesară atestarea invocată, contestatoarea avea deschisă calea de atac a contestației împotriva documentației de atribuire, prin care să ceară completarea ei cu obligația aferentă, demers în lipsa căruia documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată de autoritatea contractantă.

Prin urmare, în contextul în care documentația de atribuire nu conține cerințe explicite în sensul stabilirii în sarcina ofertanților a obligației de prezentare a atestării prevăzute de Ordonanța Guvernului nr. 43/2000, rezultă că aceștia nu sunt debitorii unei asemenea obligații.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul reține ca relevantă și jurisprudența CJUE, obligatorie pentru statele comunitare, concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene, regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, fiind:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, **unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit** (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte (punctul 54).

Astfel, prezentarea în ofertă a atestării la care face referire contestatoarea, nefiind impusă în mod clar, precis și neechivoc, nu

îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că entitatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intră în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că *„unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

Deosebit de importante în economia cauzei sunt și considerentele regăsite în Hotărârea din 26 ianuarie 2023, SC NV CONSTRUCT SRL împotriva JUDEȚULUI TIMIȘ, C-403/21, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare, formulată în temeiul articolului 267 privind Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, conform cărora:

60. **Fiind cel mai bine plasată pentru a evalua propriile nevoi, autorității contractante i sa recunoscut de către legiuitorul Uniunii o largă putere de apreciere cu ocazia stabilirii criteriilor de selecție**, fapt demonstrat în special de utilizarea recurentă a verbului „a putea” la articolul 58 din Directiva 2014/24. Astfel, în conformitate cu alineatul (1) al acestui articol, **aceasta beneficiază de o anumită marjă de apreciere pentru definirea condițiilor de participare la o procedură de atribuire a unui contract pe care le consideră ca având legătură și fiind proporționale cu obiectul contractului și de natură să garanteze că un candidat sau un ofertant dispune de capacitate juridică și financiară, precum și de competențele tehnice și profesionale necesare pentru executarea contractului** care urmează să fie atribuit. Mai precis, potrivit alineatului (4) al articolului menționat, **autoritatea contractantă apreciază în mod liber condițiile de participare pe care le consideră proprii**, din punctul său de vedere, pentru a garanta în special executarea contractului la un nivel de calitate pe care îl estimează ca adecvat (Hotărârea din 31 martie 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C195/21, EU:C:2022:239, punctul 50).

61. În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, **autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare**

sau întrun caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

62. Invers, autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de selecție. O atare alegere s-ar putea explica în special prin faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar putea prefera de asemenea să menționeze aceleași obligații în cadrul condițiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, punctele 88 și 89).

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

68. Astfel cum reiese din răspunsul dat la prima întrebare, pentru a nu a lipsi de substanță larga putere de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili criteriile de selecție pe care intenționează să le impună operatorilor economici drept condiții de participare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții, obligațiile rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de un contract de achiziții publice care urmează să fie atribuit nu se pot adăuga de drept în calitate de criterii de selecție la criteriile menționate expres în documentele acestui contract.

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

În deplin acord cu cele statuate de CJUE în cauzele anterior menționate, Consiliul reține că obligația de transparență interzice entității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele documentației, întemeindu-se pe motive legate de cerințe care nu se regăsesc în aceasta, cum sunt cele invocate de contestatoare în prezenta cauză.

Având în vedere toate aceste considerente, Consiliul nu poate reține că ofertanții aveau vreo obligație în sensul arătat de contestatoare, astfel că, pe cale de consecință, nu se impune efectuarea de verificări asupra ofertei desemnată câștigătoare din perspectiva invocată.

Dincolo de acestea, verificând propunerea tehnică depusă de asocierea - -, în raport de cele dispuse, Consiliul constată că în cadrul propunerii tehnice la fila 34 la Secțiunea 2, *Modul de abordare ce va fi urmat în execuția lucrărilor (STP)* se regăsesc următoarele:

(...) toate lucrările de săpătură necesare pentru realizarea proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Brașov, se vor executa cu asigurarea cercetării/supravegherii arheologice de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi atestați de MC, în conformitate cu avizele Direcției Județene de Cultură Brașov incluse în capitolul 5. Toate cheltuielile pentru obținerea autorizațiilor de cercetare/supraveghere și a lucrărilor specifice indicate în acestea vor fi în sarcina Antreprenorului.

Astfel fiind, este fără dubiu că asocierea ofertantă în discuție și-a asumat executarea activității *de cercetare/supraveghere arheologică*, fiind

suficientă la momentul ofertării, date fiind cerințele în redactarea de la nivelul documentației de atribuire.

În considerarea celor de mai sus, critica se impune a fi respinsă, ca nefondată.

Ultimul considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului este constituit de susținerea contestatoarei conform căreia oferta asocierii câștigătoare a fost în mod eronat punctată pentru îndeplinirea factorului de evaluare – gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice, în condițiile în care aceasta a depus un grafic schematic.

Din parcurgerea contestației, se constată că motivarea în referire la acest punct este de ordin general, bizuită pe suspiciuni, contestatoarea neindicând care sunt elementele lipsă din respectivul grafic și de care entitatea ar fi trebuit să țină seama în calculul punctajului.

Aceasta s-a mulțumit să redea condițiile de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare în cauză, detaliate în cadrul documentului *Fișei de acordare a punctajului în conformitate cu factorii de evaluare selectați*.

Astfel cum se constată de către Consiliu, graficul întocmit de asocierea câștigătoare se regăsește la filele 1014 - 1083 ale propunerii tehnice, neputându-se reține că este un grafic schematic.

Din procesul-verbal nr. 658/17.02.2023 - punctajul obținut în urma aplicării factorului de evaluare de natură tehnică - rezultă faptul că asocierea ofertantă a obținut 12 puncte din totalul de 15 puncte, entitatea contractantă depunând oferta la *subfactorul 1* (din totalul de 6 puncte au fost acordate 5) fiind consemnat: (...) nu se regăsesc toate activitățile/jaloanele indicate în propunerea tehnică la pag. 1239-1245 (activități și jaloane corect asumate de ofertant conform cerințelor din documentația de atribuire) și la *subfactorul 3* (din totalul de 5 puncte au fost acordate 3) arătându-se: (...) nu reies subactivități specifice cum ar fi lucrările de săpătură sau alte lucrări similare.

Ratele de productivitate ale subactivităților nu pot fi verificate deoarece acestea nu au fost detaliate în întregime în graficul de execuție.

Așadar, autoritatea contractantă a înfăptuit evaluarea necesară pentru a stabili acordarea punctajului.

Deși susține punctarea nelegală, contestatoarea nu motivează și nici nu probează în vreun fel această afirmație, contrar art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului.

Nefiind prezentat vreun motiv concret în combaterea punctajului acordat, contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziții.

Se impune a se reține în legătură cu lipsa prezentării de argumente, că o motivare susținută nu presupune limitarea la a susține încălcarea dreptului, ci indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare afirmație.

Astfel, nu se poate face abstracție de necesitatea respectării principiului disponibilității, ca o garanție procedurală, ce reprezintă o manifestare a dreptului la apărare recunoscut celui ce formulează o contestație.

Pe cale de consecință, și această critică se impune a fi respinsă, ca nefondată.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că entitatea contractantă, prin comisia de evaluare desemnată, și-a îndeplinit, în mod legal, obligația de evaluare a ofertei asocierii - -, neexistând motive pentru infirmarea acestei evaluări, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor.

Astfel fiind, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și art. 9 alin. (2) C. proc. civ.].

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de liderul

Se observă că, în calitate de societate intervenientă, a solicitat obligarea contestatoarei la achitarea cheltuielilor de judecată generate de acest litigiu, avansând suma de 17.850 lei, pentru care au fost depuse factura nr. 0082/03.05.2023 cu mențiunea *onorariu avocat conform contract de asistență juridică nr. 3087577 din 02.05.2023*, și confirmarea plății, datată 05.05.2023.

Vizavi de o astfel de cerere, ea se supune dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 care dispune: Consiliul poate obliga, la cerere, **partea în culpă**, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Fundamentul suportării cheltuielilor de judecată rămâne culpa procesuală și despăgubirea integrală a părții câștigătoare, iar intervenientul accesoriu este parte câștigătoare atunci când contestația este respinsă, contestatorul aflându-se în culpă procesuală nu doar față de autoritatea contractantă, ci și față de intervenient.

În sensul celor arătate este și Decizia Curții constituționale nr. 463 din 28 iunie 2016:

24. [...] Curtea reține că art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă determină debitorul obligației de plată a cheltuielilor de judecată (partea care pierde procesul) și creditorul obligației având ca obiect cheltuielile de judecată (partea care câștigă), înlocuind formularea codului anterior din 1865 de "parte căzută în pretenții". **Această diferență terminologică nu schimbă însă cu nimic fundamentul suportării cheltuielilor de judecată, care rămâne culpa procesuală și despăgubirea integrală a părții câștigătoare.** Buna-credință a părții care a pierdut procesul nu justifică exonerarea ei de plata cheltuielilor de judecată. Din acest punct de vedere, între partea care a obținut câștig de cauză, dreptul ei fiind recunoscut prin hotărâre, și partea care acceptă judecata și pierde procesul, riscul acestei situații trebuie să fie suportat de această din urmă parte care, prin comportamentul său, chiar dacă nu a fost de rea-credință, a obligat pe partea potrivnică câștigătoare să angajeze cheltuielile din proces. Așa fiind, **textul criticat induce o culpă procesuală în sarcina celui care, prin atitudinea sa, a determinat cheltuielile de judecată făcute de partea adversă în timpul și cu ocazia desfășurării procesului.**

Întrucât cererea de intervenție a fost admisă pe fond, aceasta are valoare de câștigare a procesului de către intervenient și prin urmare, se impune a beneficia de rambursarea cheltuielilor mai cu seamă că există un precedent multiplu al Înaltei Curți de Casație și Justiție în sensul acordării cheltuielilor către intervenienții accesorii (Decizia nr. 4240 din 6 decembrie 2018, Decizia nr. 1872 din 23 octombrie 2019, Decizia nr. 3878 din 24 iulie 2020, Decizia nr. 985 din 11 mai 2021, Decizia nr. 76 din 15 noiembrie 2021).

Consiliul constată că, în ceea ce privește cheltuielile de judecată reprezentate de onorariul avocațial, se impun a fi avute în vedere dispozițiile art. 451 alin. (2) Cod de procedură civilă potrivit cărora: instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său.

Consiliul procedează la reducerea onorariului avocațial în cuantum de 17.850 lei achitat de societatea intervenientă, întrucât apare ca vădit disproporționat, în raport de complexitatea cauzei, respectiv cu activitatea desfășurată de avocat.

Astfel, în temeiul art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, antecitat, Consiliul va micșora partea din cheltuielile de judecată, efectuate de

către privind plata acestui onorariu, la suma de 10.000 lei. Consiliul nu intervine în contractul de asistență juridică încheiat de către societatea intervenientă cu reprezentantul său convențional ci doar stabilește măsura în care această valoare va fi suportată de petentă, cu titlu de cheltuieli judecată, nefiind eludate dispozițiile art. 57 din Legea nr. 51/1995 potrivit căroră, avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienții lor să stabilească cuantumul onorariilor.

În cauza *Străin și alții împotriva României*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că partea care a câștigat procesul nu va putea obține rambursarea unor cheltuieli decât în măsura în care se constată realitatea, necesitatea și caracterul lor rezonabil.

Astfel, în temeiul art. 453 din Codul de procedură civilă, ... va fi obligată să plătească în calitate de lider al asocierii - - suma de 10.000 lei cu titlu de cheltuieli de judecată reprezentând contravaloarea parțială a acestora.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de entitate contractantă.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de în calitate de lider al asocierii - - și, în temeiul art. 67 din același act normativ, o admite.

În baza art. 26 alin. (9) din lege, obligă la plata către a sumei de 10.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând contravaloarea parțială a acestora.

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămăte, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.