

**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. ...**

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 20477/20.04.2021, formulată de ...S.A., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul procedural în ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. VI/7922/09.04.2021 și a raportului procedurii de atribuire nr.VI/7918/09.04.2021, emise de către ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „**Proiect asis t și execu l p r obiec Mod drumu jude ...**”, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca admisibilă, dar necâștigătoare a ofertei depusă de ..., respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depusă de Asocieria formată din ... S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L., obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei declarată câștigătoare, cu consecința stabilirii caracterului neconform și inacceptabil al acesteia și atribuirea contractului către ..., în temeiul art.26 alin.10 din Legea nr.101/2016.

Prin cererea de intervenție nr.744/29.04.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.22598/04.05.2021, ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având C.U.I. R..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin S..., cu sediul în ... unde se vor comunica toate actele procedurale, în calitate de lider al Asocierii formată din ... S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L., a solicitat admiterea cererii de intervenție, atât în principiu, cât și pe fond, pe cale de excepție respingerea contestației formulată de ... ca tardivă, iar pe fondul cauzei respingerea contestației, ca nefondată, cu menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor emise de autoritatea contractantă.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,**

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ...- ...S.A. (denumit în continuare ... CLUJ) critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. VI/7922/09.04.2021 și raportul procedurii de atribuire nr. VI/7918/09.04.2021, emise de către ..., solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...S.A. prezintă, în prealabil, un istoric al desfășurării procedurii de atribuire și argumente în justificarea interesului legitim de a formula contestația, arătând că, potrivit raportului procedurii de atribuire și comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. VI/7922/09.04.2021, oferta sa s-a clasat pe locul 2 cu un punctaj de 95,38 puncte, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de asocieria ..., cu un punctaj de 96,08 puncte și o valoare de 65.563.780,00 lei, fără TVA.

Ca motive de nelegalitate a actelor contestate, ...S.A. susține următoarele:

Oferta depusă de asocieria ... este inacceptabilă, ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016

Contestatorul arată că asocieria ... se încadrează în două cazuri de excludere distincte și de sine stătătoare, și anume:

- operatorul economic nu a furnizat autorității contractante informațiile necesare în scopul verificării absenței motivelor de excludere (caz de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 și art. 57 alin. (4) lit. h) din Directiva 2014/24);

- abaterea profesională gravă constând în încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor (caz de excludere reglementat de art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016 și art. 57 alin. 4 lit. c din Directiva 2014/24).

Contestatorul precizează că inadmisibilitatea ofertei decurgând din incidența unui motiv de excludere putea fi declarată oricând de către autoritatea contractantă, potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016, având în vedere Decizia nr. 71/14.12.2020, emisă de Consiliul Concurenței care a sancționat societatea ... alături de alte treizeci de societăți, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență, respectiv realizarea, cu ocazia participării la proceduri de achiziție publică, a unei practici concertate de tip cartel de împărțire a pieței, care au vizat trucarea licitațiilor la care a participat, faptă interzisă de prevederile art 5 alin. 1 lit. c din Legea concurenței nr. 21/1996.

Se arată că, potrivit informațiilor oficiale publicate de Consiliul Concurenței, amenda aplicată societății ... S.R.L. a fost în cuantum de 3.025.956,89 lei.

Arată contestatorul că, potrivit procesului-verbal nr.VI/13409/07.07.2020 privind evaluarea informațiilor din DUAE,

oferantul ... S.R.L. a declarat, în DUAЕ, că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr.98/2016.

De altfel, nici cu ocazia reevaluării ofertei, cu punerea în aplicare a Deciziei civile nr. 122/2021 din 02.02.2021 a Curții de Apel Cluj, susține contestatorul, ... S.R.L. nu a dezvăluit autorității contractante existența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, această „omisiune” atrăgând aplicabilitatea și a unui alt motiv de excludere, prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Invocând prevederile art.67 alin.1 lit.c și alin.3 din Legea nr. 98/2016, precum și Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, contestatorul apreciază că participarea ... S.R.L. la o practică concertată de tip cartel în vederea trucării licitațiilor publice reprezintă o abatere profesională gravă care constituie motiv de excludere potrivit prevederilor susmenționate.

De altfel, abaterea profesională gravă săvârșită de ... S.R.L. a fost confirmată, în mod oficial, de Consiliul Concurenței, prin Decizia de sancționare nr. 71/14.12.2020, care constată încălcări grave ale regulilor de concurență, astfel că autoritatea contractantă trebuia să excludă oferta Asocierii ... din procedura de atribuire, având în vedere incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. c) coroborat cu art. 167 alin. 3 din Legea nr. 98/2016.

Este indubitabil, în aprecierea contestatorului, faptul că ... S.R.L. cunoștea, cel puțin la data la care a transmis, în cadrul procedurii de reevaluare, documentele justificative DUAЕ nu numai că a făcut obiectul unei investigații desfășurate de Consiliul Concurenței, ci și faptul că a fost emisă o decizie de sancționare care, chiar dacă nu fusese publicată, era cunoscută publicului larg date fiind comunicatele oficiale emise de Consiliul Concurenței.

Omitând dezvăluirea acestor motive de excludere din procedura de atribuire, se apreciază că ... S.R.L. intră nu numai sub incidența art. 167 alin. (1) lit. c), ci și a art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, se apreciază că și comisia de evaluare avea obligația de a întreprinde verificări cu privire la ofertantul ..., cel mai târziu la data solicitării documentelor justificative DUAЕ, având în vedere că prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016 obligă autoritățile contractante să excludă un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164,165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

Omisiunea ... S.R.L. de a prezenta informații privind abaterea profesională gravă constatată de o autoritate administrativă și care atrage excluderea din procedura de atribuire este, în opinia contestatorului, de natură a înlătura credibilitatea ofertantului, devenind

incident și un alt motiv de excludere, cel prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 98/2016

Contestatorul subliniază că ofertanții au o obligație de sinceritate față de autoritatea contractantă nu numai la momentul completării declarațiilor DUAE, dar și ulterior, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, dar mai ales la momentul furnizării documentației justificative DUAE.

Și jurisprudența confirmă importanța obligației de sinceritate, sancțiunea aplicabilă în cazul încălcării acesteia fiind excluderea din procedură, sens în care contestatorul redă argumentele reținute de instanțe.

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

Susține că un ofertant nu are posibilitatea auto-evaluării situației în care se regăsește, nu poate decide unilateral existența unui caz de excludere/exceptii de la excludere, fiind obligat să dezvăluie autorității contractante orice situație de fapt indicată în DUAE în vederea exercitării de către autoritate a verificărilor legale.

Arată că numai un operator care informează autoritatea cu privire la un caz potențial de excludere are dreptul de a oferi documente suplimentare pentru a-și dovedi fiabilitatea.

Neinformând autoritatea contractantă cu privire la sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței, susține contestatorul că ... SRL se face vinovat de omisiunea de a furniza informații referitoare în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, apreciază contestatorul, condițiile pentru neaplicarea motivului de excludere privind abaterea profesională prevăzut la art.167 alin. 1 lit c din Legea nr. 98/2016 nu sunt îndeplinite, iar ... S.R.L. nu a furnizat dovezi suficiente care să îi probeze credibilitatea.

Invocând prevederile art.171 din Legea nr.98/2016 și opinia comună emisă de ANAP și Consiliul Concurenței cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității, contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația de a face o evaluare completă și transparentă privind dovezile furnizate de ofertant în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii profesionale săvârșite de acesta, solicitând chiar sprijinul Consiliului Concurenței în evaluarea acestor dovezi.

Ori, în speță, o astfel de evaluare completă și transparentă nu a fost realizată de autoritatea contractantă și, date fiind mențiunile din Lista actualizată a operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații referitoare la faptul că ... S.R.L. nu a recunoscut fapta, nu a aplicat pentru politica de clemență și nici pentru un program de conformare, este de presupus, după cum se arată, că operatorul economic nu ar putea furniza eventuale dovezi privind demonstrarea credibilității.

Prin urmare, contestatorul apreciază că oferta asocierii ... trebuia respinsă, ca inacceptabilă, pentru incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h), având în vedere omisiunea furnizării informațiilor privind absența motivelor de excludere, și în al doilea rând pentru motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din lege, având în vedere abaterea profesională gravă constatată și sancționată prin Decizia Consiliului Concurenței, pentru care ofertantul ... SRL nu poate face dovada unor măsuri suficiente pentru a-și demonstra, în mod concret, credibilitatea.

În opinia contestatorului, excluderea asocierii ... din procedura de atribuire este singura măsură legală de remediere care poate fi adoptată de autoritatea contractantă.

Se precizează că autoritatea contractantă avea posibilitatea legală de a-și revizui actele întocmite în procedura de reevaluare cu privire la ofertantul declarat câștigător, urmând să constate inadmisibilitatea ofertei acestuia.

De asemenea, se apreciază că menținerea în procedura de atribuire a asocierii ... ca fiind câștigătoare ar fi o măsură care încalcă flagrant cadrul legal în vigoare. Dincolo de incidența motivului de excludere constând în săvârșirea unei abateri profesionale grave, omisiunea informării autorității contractante cu privire la sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței în sensul art. 167 alin. 1 lit. h nu poate fi în niciun caz înlăturată ca motiv de excludere.

Contestatorul precizează că pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurii de reevaluare, dar mai ales la momentul furnizării documentelor suport DUAЕ, asocierea ... avea posibilitatea de a informa autoritatea contractantă cu privire la Decizia Consiliului Concurenței nr. 71/14.12.2020, însă a ales, în mod intenționat, să nu o facă astfel încât să evite excluderea din procedura de atribuire, relevantă sub acest aspect fiind chiar Decizia Civilă nr. 122/2021, pronunțată la data de 02.02.2021, de Curtea de Apel ...în care s-a reținut excluderea ofertantului ... S.R.L.

În continuare, contestatorul prezintă nereguli ale procedurii de reevaluare, după cum urmează:

1. Înlocuirea subcontractantului declarat, ...MURES S.A., s-a realizat cu încălcarea prevederilor legale având în vedere că, prin răspunsul nr. 455/22.03.2021, Asocierea ...:

- nu a adus nicio dovadă că SC ..... SA nu se află în una dintre situațiile care atrag excluderea din procedura de atribuire;

- nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere cu privire la Documentul constatator nr. 720/107/24.02.2020.

Concret, arată contestatorul, prin răspunsul său asocierea ... a solicitat autorității contractante să accepte înlocuirea subcontractantului ..... SA cu un nou subcontractant, ...S.R.L.

Așadar, se apreciază că ofertantul asocierea ... a întreprins propria sa analiză și a decis pe cont propriu înlocuirea subcontractantului, deși ofertantul nu a răspuns în niciun fel solicitării de clarificări potrivit prevederilor legale aplicabile și conținutului respectivei solicitări.

Raportat la prevederile art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că autoritatea contractantă este singura îndreptățită să solicite înlocuirea unui anumit subcontractant, o astfel de înlocuire nefiind la latitudinea și decizia ofertantului.

În opinia contestatorului, reevaluarea a fost semnificativ viciată de maniera în care autoritatea contractantă a înțeles să considere concludent răspunsul dat de asocierea ... și să accepte înlocuirea subcontractantului ..... S.A. Astfel, se subliniază că dreptul de apreciere cu privire la dovezile eventual furnizate în vederea demonstrării că un anumit subcontractant nu se află într-o situație de excludere sau că a luat măsuri de remediere care îi demonstrează credibilitatea, aparține în toate cazurile numai autorității contractante, Asocierea ... neavând dreptul să aprecieze și să decidă cu privire la înlocuirea subcontractantului.

În subsidiar, se impune a fi reținut, în opinia contestatorului, faptul că, pentru noul subcontractant propus de asocierea ..., respectiv societatea ...SRL, a fost prezentat Acordul de subcontractare nr. 173/18.03.2021, încheiat între ...SRL și ...SRL, angajamentul noului subcontractant fiind asumat față de unul dintre membrii Asocierii declarate câștigătoare, iar nu față de Asociere sau liderul acesteia.

Se învederează că autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare sub acest aspect, singura inadvertență sesizată fiind cea referitoare la menționarea în cuprinsul acordului a subcontractantului anterior declarat (...SA).

2. Asocierea ... nu a prevăzut activitatea de supraveghere arheologică în propunerea tehnică și financiară, iar prin răspunsul nr.455/22.03.2021, asocierea ... a luat în calcul ca supravegherea arheologică să fie transferată unui prestator de servicii, deși nu a demonstrat în niciun fel unde a fost prevăzută activitatea de supraveghere arheologică în cadrul propunerii tehnice.

Se precizează că simpla referință la eventualitatea apariției unor descoperiri arheologice, ca risc în execuția lucrărilor, nu poate fi

echivalată cu includerea supravegherii arheologice în propunerea tehnică, iar un risc potențial în execuția lucrărilor nu reprezintă o activitate în sine, identificată ca atare în propunerea tehnică.

Contestatorul subliniază că situația este similară și în ceea ce privește includerea costurilor cu supravegherea arheologică în propunerea financiară, conform răspunsului asocierii ..., acestea sunt aparent incluse în cadrul cheltuielilor indirecte, deși raportat la prevederile Ordinului Ministrului Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței nr. 1568/2002, cheltuielile cu supravegherea arheologică nu pot fi incluse în categoria cheltuielilor indirecte.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a ignorat acest aspect și fără a întreprinde o minimă evaluare a răspunsului la solicitarea de clarificări, a considerat suficiente explicațiile aduse de ofertant, fără o analiză, în concret, a răspunsului prin raportare la cerințele legale.

Față de normele legale în vigoare și considerând totodată conținutul Avizului nr. 46/Z/2019, emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale - Direcția Județeană pentru Cultură ..., rezultă cu claritate faptul că ofertantul declarat câștigător trebuia să prevadă, în mod obligatoriu, în oferta sa activitatea de supraveghere arheologică.

Contestatorul susține că nu poate fi omis din vedere faptul că, în cadrul reevaluării, Asocieria ... și-a schimbat abordarea în ceea ce privește activitatea de supraveghere arheologică, având în vedere că în cadrul evaluării inițiale a ofertelor, nu considera activitatea de supraveghere arheologică parte din obiectul contractului, iar în etapa reevaluării, susține ipoteza contrară, răspunzând solicitării autorității contractante de a se preciza unde a fost prevăzută activitatea de supraveghere arheologică în cuprinsul propunerii tehnice și financiare.

Prin urmare, se apreciază că reevaluarea întreprinsă de autoritatea contractantă sub aspectul cuprinderii în propunerea tehnică și financiară a activității de supraveghere arheologică, nu s-a realizat cu respectarea cerințelor legale, impunându-se concluzia neconformității ofertei Asocierii ....

3. De asemenea, se susține că ofertantul declarat câștigător nu poate îndeplini partea din contract constând în proiectare conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (PPT), respectiv pentru execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (EPI), întrucât subcontractantul ...SRL nu deține autorizația necesară pentru proiectare și nici pentru execuția conductelor și instalațiilor.

Sub aspectul celor statuate de Curtea de Apel ...în decizia nr.122/2021 din 02.02.2021 rezultă cu claritate faptul că autorității contractante îi revenea obligația de a reevalua oferta Asocierii ... sub aspectul verificării dacă se impune relocarea utilităților de gaz și, în caz afirmativ, dacă deține autorizațiile necesare.

Se consideră că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare cele dispuse prin decizia susmenționată, ci s-a mărginit la a emite aprecieri cu privire la susținerile ... și să concluzioneze asupra faptului că nu ar fi necesare relocări ale conductelor de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale, ceea ce ar face inutile și autorizațiile PPI și EPI.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă și-a ignorat propriile cerințe și propria sa documentație de atribuire, în cadrul căreia a fost inclus nu numai Avizul favorabil nr. 138/2018, emis de SNGN ... SA Sucursala Tîrgu ... privind eliberarea avizului de amplasament pentru lucrarea care face obiectul contractului propus spre atribuire, dar și o planșă care arată amplasamentul conductei colectoare ..., ceea ce demonstrează că lucrările se vor executa în amonte de producția ....

Mai mult decât atât, se învederează că drumul județean DJ 172A (parte din obiectivul care face obiectul contractului) intersectează conducta ... în 2 puncte, astfel că existența conductelor pe amplasament (în corpul drumului) presupune obținerea unui aviz de la ... în timpul proiectării pentru obținerea autorizației de construire. Chiar dacă la etapa de întocmire a Studiului de Fezabilitate nu apare necesitatea relocării conductelor, la faza de proiectare tehnică, aceste circumstanțe se pot modifica, devenind necesară relocarea.

În acest context este relevant și răspunsul transmis de către ... în care se menționează tipurile de autorizații ANRE necesare și obligatorii deținute de către compania care prestează servicii de proiectare, respectiv lucrări de execuție asupra obiectivelor ... care intersectează lucrarea Modernizarea DJ 172 A.

Contestatorul susține că nici Asocieria ... și nici subcontractanții acesteia nu dețin autorizarea PPI și nici autorizarea EPI, iar subcontractantul ...SRL, deși aparent, ar realiza activități de întocmirea documentației tehnice de relocare utilități gaz, nu deține autorizația PPL, prin urmare, Asocieria ... nu poate îndeplini o parte din obiectul contractului.

Întrucât oferta Asocierii ... este inadmisibilă, contestatorul apreciază că sunt îndeplinite și condițiile tezei finale a art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, privind atribuirea, în mod direct, de către CNSC a contractului de achiziție publică către ..., oferta sa fiind singura ofertă admisibilă rămasă în procedura de atribuire.

Contestatorul susține că, urmare a excluderii ofertei Asocierii ..., nu se mai impune o nouă reevaluare a ofertei sale, întrucât calitatea de ofertant câștigător a ... rezultă din informațiile cuprinse în dosarul cauzei.

Față de cele menționate, se solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art.8, art.10 din Legea nr. 101/2016, dispozițiile legale invocate, precum și principiile în materia achizițiilor publice.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr.744/29.04.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.22598/04.05.2021, ... S.R.L. solicită admiterea cererii de intervenție, atât în principiu, cât și pe fond, pe cale de excepție respingerea contestației formulată de ... ..ca tardivă, iar pe fondul cauzei respingerea contestației ca nefondată cu menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor emise de autoritatea contractantă.

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 din codul de procedură civilă și la calitatea sa de ofertant câștigător declarat ca urmare a reevaluării ofertei.

În susținerea excepției tardivității contestației, intervenientul apreciază că, raportat la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire, respectiv 09.04.2021 și data la care autoritatea contractantă a recepționat, prin e-mail, contestația, respectiv 20.04.2021, se impune respingerea contestației, ca tardivă.

Pe fondul cauzei prezintă argumente în combaterea criticilor formulate de ... ..S.A. cu privire la inacceptabilitatea ofertei depusă de Asocierea formată din ... S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L., apreciind argumentele invocate ca nefondate.

În continuare, contestatorul prezintă considerentele pentru care se impune respingerea contestației formulată de ... CLUJ, respectiv:

Asocierea ... nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, deoarece:

- abaterea profesionala imputată nu este o abatere profesională gravă;

- imediat după comunicarea deciziei CNSC societatea a întreprins o serie de măsuri de „auto-curățare”, în vederea demonstrării credibilității în raport de situația de excludere, fiind incidente prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016;

- prin decizia Consiliului Concurenței nu s-a dispus și interzicerea ... de a participa la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice, sens în care, în acord cu jurisprudența CJUE, autoritatea contractantă are posibilitatea să examineze și să aprecieze faptele, având sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de decizia Consiliului Concurenței.

Faptul că abaterea profesională imputată nu este una gravă reiese din Decizia de sancționare, emisă de Consiliul Concurenței care este centrată pe relația contractuală existentă în cursul anului 2011 între Asocierea ... și ...S.R.L.

Consiliul Concurenței nu a identificat, după cum se arată, niciun e-mail transmis de reprezentanții ..., nicio întâlnire la care să fi participat vreun reprezentant al societății și niciun document în baza căruia să fi indicat către celelalte întreprinderi investigate detalii în legătură cu licitația organizată de DS ... la data de 06.12.2011, prețul la care acesta urma să participe la licitație sau intenția de a licita cu privire la anumite partizii, astfel cum aceste fapte au făcut obiectul investigației și au fost propuse spre sancționare în cuprinsul deciziei.

În contextul în care aspectele contractuale nu au fost analizate în detaliu de către Consiliul Concurenței, intervenientul precizează că a contestat Decizia Consiliului Concurenței nr. 71 din data de 14.12.2020 în fața instanței judecătorești competente.

Suplimentar, se învederează că fapta imputată societății ... nu s-a petrecut în cadrul unei proceduri de achiziție publică, ci în cadrul unei proceduri de vânzare publică de material lemnos pe care societatea l-a cumpărat de la Ocolul Silvic, prin urmare nu se poate ridica problema nerespectării regimului aplicabil achizițiilor publice, care presupun angajarea de fonduri publice de către autoritățile contractante în schimbul unor produse, servicii, lucrări.

Contrar celor susținute de către ... prin intermediul contestației, intervenientul precizează că la nivelul societății a fost implementat, în mod efectiv, un program de conformare cu dreptul concurenței, elaborat în conformitate cu Ghidul Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență, măsuri pe care le redă în continuare.

Incidența cazului prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din cadrul Legii nr. 98/2016, arată intervenientul, nu conduce la excluderea automată a operatorilor economici din cadrul procedurilor de atribuire

Invocând prevederile Legii nr. 98/2016 referitoare la motivele de excludere a ofertanților, intervenientul arată că, prin raportare la prevederile art. 167 coroborat cu prevederile art. 168 și art. 171 din lege, excluderea nu intervine automat, ci doar ca urmare a analizei credibilității operatorului economic prin raportare la fapta comisă în concret și măsurile de reabilitare adoptate de către acesta, obligația autorității contractante fiind aceea de a verifica inexistența situațiilor de excludere, conform art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

Măsurile de reabilitare implementate deja de către ... S.R.L. respectă exigentele în materia achizițiilor publice și concurenței.

În dovedirea faptului că măsurile de reabilitare implementate de societate respectă exigentele în materia achizițiilor publice și concurenței, intervenientul prezintă, în formă tabelară, măsurile adoptate, a căror eficiență a fost constatată și de către Consiliul Concurenței prin Decizia nr.71/2020.

Față de cele menționate, se impune respingerea, ca neîntemeiat, a motivului invocat de ... Cluj, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c)

din Legea nr. 98/2016, nefiind îndeplinite condițiile legale pentru excluderea Asocierii ... din procedura de atribuire.

Asocierea ..., după cum se arată, nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Față de critica referitoare la faptul că nu s-a bifat în DUAЕ existența deciziei Consiliului Concurenței, intervenientul precizează că, la momentul depunerii ofertelor, nu avea cunoștință de existența deciziei Consiliului Concurenței, motiv pentru care nu are logică susținerea potrivit căreia există obligația declarării în DUAЕ a unei situații necunoscute la momentul depunerii ofertelor.

Invocând practica CJUE și a Curții Constituționale, intervenientul precizează că, anterior unei decizii emise de Consiliul Concurenței, respectiv în lipsa unei hotărâri judecătorești prin care să fie reținută săvârșirea unor abateri profesionale grave, existența unui comportament care ar restrânge concurența nu poate fi avută în vedere până la emiterea unei decizii în materie administrativă, întrucât prevalează prezumția de nevinovăție.

În opinia intervenientului, nici argumentele privitoare la informarea ulterioară a autorității contractante nu pot fi primite în soluționarea contestației, având în vedere cele reținute de Curtea de Apel Cluj, prin decizia civilă nr. 122/2021, în privința subcontractantului ..... SA care nu a informat comisia de evaluare despre existența unei posibile situații de excludere intervenită ulterioară depunerii ofertelor.

Așadar, în acord cu cele definitiv stabilite de instanța de judecată, intrate sub autoritatea de lucru judecat, autoritatea contractantă, care nu a avut cunoștință până la momentul finalizării procedurii de suspiciunile în legătură cu eventualele motive de excludere privind liderul de asociere, nu are posibilitatea legală de a dispune excluderea din procedura a Asocierii ..., fără o analiza corespunzătoare a incidenței art. 167 alin. (1) lit. c) și a art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Se învederează că toate hotărârile judecătorești (respectiv pasajele din acestea) invocate de către ... ..fac trimitere exclusiv la declarațiile false prezentate de către ofertanți prin completarea DUAЕ, respectiv la momentul completării DUAЕ sau cel mult la momentul depunerii ofertei. Toate extinderile aplicabilității art. 167 alin. (1) lit. h) din cadrul Legii nr. 98/2016 și la alte situații decât completarea DUAЕ, sunt exclusiv aportul societății interveniente la completarea prin propria sa interpretare a considerentelor instanțelor de judecată din deciziile citate de către ....

Față de argumentele prezentate, se impune constatarea caracterului neîntemeiat al solicitării ... ..cu privire la aplicabilitatea art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește oferta Asocierii ....

Cu privire la înlocuirea subcontractantului ..... S.A., intervenientul susține că s-a realizat cu respectarea prevederilor legale în domeniu și în limitele reevaluării stabilite de instanța de judecată.

În ceea ce privește activitatea de supraveghere arheologică, intervenientul arată că a fost avută în vedere la întocmirea ofertei, atât în propunerea tehnică cât și în cea financiară.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr.455/22.03.2021, după cum se arată, activitatea de supraveghere arheologică a fost reflectată în cuprinsul propunerii tehnice la pag. 682, la capitolul Personal propus și managementul contractului pentru execuția lucrărilor, la subcapitolul Abordarea propusă pentru managementul riscurilor în cadrul contractului, cu luarea în considerare a cerințelor incluse în caietul de sarcini.

În ceea ce privește reflectarea acestei activități în propunerea financiară, prin același răspuns, arată intervenientul, a comunicat faptul că serviciile în discuție totalizează 60.000 lei, fără TVA, și au fost contorizate în cadrul cheltuielilor indirecte.

Prin urmare, aceste cheltuieli trebuiau incluse în secțiunea cheltuieli indirecte, cu atât mai mult cu cât aceste servicii de supraveghere nu constituie obiectul contractului, fiind o cheltuială indirectă a contractului, fapt susținut atât în fața Consiliului cât și a Curții de Apel Cluj.

Faptul că serviciile de supraveghere arheologică nu sunt obiect al contractului, respectiv nu vor fi prestate direct sau prin subcontractanți, nu este incompatibil, după cum susține intervenientul, cu reflectarea costurilor aferente plății furnizorului la nivelul ofertei, aspect care de asemenea a fost reținut cu caracter de autoritate de lucru judecat de către Curtea de Apel ...prin intermediul Deciziei nr. 122/2021.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia asocierea ... nu poate îndeplini partea din contract constând în proiectare conducte de alimentare din amonte, intervenientul arată că este nefondată, având în vedere că acțiunile autorității contractante, criticate de către ... Cluj, au respectat cerințele impuse prin Decizia nr. 122/2020 a Curții de Apel Cluj, întrucât, prin raportare la avizul favorabil nr. 138/2018, emis de SNGN ..., autoritatea contractantă a analizat dacă se impune relocarea utilităților de gaz și a constatat că nu este necesară această relocare, motiv pentru care subcontractantul propus a fost unul adecvat prin raportare la cerințele contractului.

De altfel, potrivit punctului de vedere al autorității contractante, pentru executarea lucrărilor nu sunt necesare relocări ale conductelor de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale, așa cum eronat susține ... Cluj, sens în care nu este necesară deținerea, în mod specific, a autorizațiilor ANRE de tipul PPI și EPI.

Cu privire la solicitarea de atribuire a contractului către ... Cluj, intervenientul arată că este inadmisibilă, Consiliul nefiind îndrituit să se substituie autorității contractante, motivele de excludere neexistând în prezenta cauză.

Pe de de altă parte, contrar susținerilor contestatorului, calitatea ... de ofertant câștigător nu rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației, aceasta cu atât mai mult cu cât nu există o verificare din partea comisiei de evaluare cel puțin a documentelor care susțin informațiile din DUAE.

Concluzionând, intervenientul susține că evaluarea ofertei asocierii ... s-a realizat cu respectarea conținutului obligatoriu al documentației de atribuire și a legislației în domeniu, aspect pentru care solicită admiterea cererii astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă Legea nr.101/2016; Legea nr.98/2016; H.G. nr.395/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.VI/9438/27.04.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.22012/20.04.2021, ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată, cu consecința menținerii în totalitate a actelor încheiate, ca fiind temeinice și legale.

Autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire și răspunde punctual criticilor formulate de contestator cu privire la neconformitatea și inacceptabilitatea ofertei depusă de asocierea ..., și anume:

1. Cu privire la pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin.(1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă precizează că acest text de lege are în vedere ipoteza în care operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate, contrar susținerilor contestatorului, niciuna dintre ipotezele avute în vedere de acest text legal nefiind incidentă în speță.

Se arată că Decizia Consiliului Concurenței nr.71/14.12.2020, prin care ... SRL a fost sancționat pentru participarea la o practică concertată de tip cartel, de împărțire a pieței și/sau a surselor de aprovizionare între întreprinderi implicate active pe piața comercializării masei lemnoase din România, cu încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. 1 lit. c) din Legea Concurenței nr. 21/1996, a fost emisă ulterior datei limită de depunere a ofertelor în procedură, sens în care nu se pune problema incidenței motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din lege.

În acord cu dispozițiile art. 171 alin.(1) și alin.(3) din Legea nr.98/2016, arată autoritatea contractantă, nu poate proceda direct la respingerea ofertei, ci trebuie să verifice credibilitatea ofertantului prin raportare la motivele de excludere, ceea ce s-a realizat în cauză.

Se susține că analiza incidenței prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr.98/2016 revine autorității contractante, care nu a avut

cunoștință până în acest moment de suspiciunile în legătură cu eventuale motive de excludere în privința liderului Asocierii câștigătoare ... S.R.L.

Autoritatea contractantă subliniază că nu pot fi confundate motivele de excludere deoarece acestea sunt tratate de lege, în mod separat, motivul de excludere prevăzut la de la lit. c) a art. 167 privește situații anterioare participării la procedură, în vreme ce ipoteza de la lit. h) a art. 167 se referă chiar la comportamentul ofertantului în cadrul procedurii, și, în principiu, se referă la obligarea de a prezenta informații reale și complete asupra unor aparente motive de excludere.

Invocând prevederile art. 127 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare s-a făcut, în cazul ofertei câștigătorului cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare este nefondată.

În opinia autorității contractante este neîntemeiată și critica contestatorului ce vizează înlocuirea subcontractantului declarat ..... S.A., întrucât comisia de evaluare a procedat la punerea în aplicare a Deciziei Curții de Apel Cluj, reluând evaluarea ofertei depuse de Asocieria ... S.R.L.- ...S.R.L.- ...S.R.L.- ...S.R.L.- ...S.R.L. potrivit celor reținute în motivare.

Astfel, în ceea ce privește situația subcontractantului propus de ofertantul declarat câștigător, societatea ..... SA, cu privire la care a fost emis Documentul constatator nr. 720/107/24.02.2020, instanța a apreciat, raportat la existența documentului constatator, dar și față de împrejurarea că autoritatea contractantă nu a procedat la efectuarea vreunei verificări cu privire la acesta, că o astfel de verificare se impune înainte de a face aplicarea cazului de excludere prevăzut la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 („operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”), se arată că instanța de judecată a reținut că incidența acestui text nu se verifică în cauză, de vreme ce data emiterii documentului constatator, 24.02.2020, este ulterioară datei limită de depunere a ofertelor, 14.02.2020, situație în care nu se poate reține nicio culpă în sarcina ofertanților cu privire la modul în care a fost completat DUAE de subcontractantul ..... S.A.

Pe de altă parte, se precizează că subcontractantul/terțul susținător are obligația de a completa separat DUAE cu privire la toate informațiile din art. 193 alin. 1 lit. a)-c) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru ofertantul nu poate răspunde în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din

Legea nr. 98/2016 pentru declarația altuia, respectiv a subcontractantului/terțului, deoarece suspiciunile invocate privesc subcontractantul-terț susținător, care a completat propria declarație.

Prin adresa nr. VI/5826/17.03.2021, după cum se arată, s-a solicitat ofertantului ca în temeiul art. 171 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 să facă dovada că subcontractantul ..... S.A. nu se află într-un dintre situațiile care atrag excluderea, și să furnizeze dovezi că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, cu privire la documentul constatator nr. 720/107/24.02.2020 emis de ...S.A., iar în cazul reținerii unui motiv de excludere, s-a solicitat înlocuirea subcontractului ..... S.A., raportat la prevederile art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin răspunsul formulat, ... S.R.L. a solicitat, având în vedere existența unei situații de excludere în privința subcontractantului ..... S.A., acceptarea înlocuirii acestui subcontractant cu societatea ...S.R.L., iar, în urma verificărilor efectuate de către comisia de evaluare, s-a constatat că nu se află în nicio situație de excludere.

Întrucât comisia de evaluare a reținut că ofertantul declarat câștigător a răspuns întocmai solicitărilor formulate, autoritatea contractantă apreciază critica contestatorului ca fiind neîntemeiată.

Astfel, odată cu răspunsul formulat, ... S.R.L. a înlocuit subcontractantul ..... S.A., în privința căruia s-a reținut existența unui motiv de excludere, cu societatea ...S.R.L., demersul autorității contractante fiind corect, în concordanță cu cele reținute în Decizia Curții de Apel ...nr. 122/2021 și cu prevederile legii, iar, cât privește răspunsul ofertantului declarat câștigător, acesta a fost considerat concludent, în acord cu prevederile art. 170 alin.(2) din Legea nr. 98/2016.

În opinia autorității contractante, nu se poate reține nicio culpă în sarcina ofertantului declarat câștigător, referitor la lipsa unor dovezi privind credibilitatea subcontractantului cu privire la care s-a constatat existența unei situații de excludere, în caz contrar, prevederile art. 170 alin.(2) din lege ar fi lipsite de efecte.

Autoritatea contractantă apreciază neîntemeiată și critica contestatorului privind neconformitatea ofertei declarate câștigătoare pe motiv că nu a prevăzut activitatea de supraveghere arheologică în propunerea tehnică și financiară având în vedere că s-a procedat la punerea în aplicare a Deciziei Curții de Apel Cluj, reluând evaluarea ofertei depuse de Asocieria ... S.R.L.- ...S.R.L.- ...S.R.L.- ...S.R.L.- ...S.R.L. potrivit celor reținute în motivare.

În acest sens, prin adresa nr. VI/5826/17.03.2021, comisia de evaluare a solicitat ofertantului ... SRL să clarifice în ce măsură activitatea de supraveghere arheologică a fost sau nu reflectată în cuprinsul propunerii tehnice și financiare depuse de acesta, solicitare la care ofertantul a răspuns precizând că activitatea de supraveghere arheologică se reflectă în cadrul propunerii tehnice la Capitolul Personal

propus și managementul contractului pentru execuția lucrărilor, Subcapitolul Abordarea propusă pentru managementul riscurilor în cadrul contractului, cu luarea în considerare a cerințelor incluse în Caietul de sarcini, la pagina 682.

Având în vedere considerentele Curții de Apel ...cu privire la activitatea de supraveghere arheologică, aspecte reținute, de altfel, și în Decizia Consiliului 2387/C2/2483, 2484, 2485 din 22.12.2020, în sensul că „activitatea de supraveghere arheologică poate fi prestată de un furnizor în înțelesul art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016", comisia de evaluare a apreciat concludent răspunsul, și întrucât ... S.R.L. a prevăzut aceste cheltuieli în ofertă nu s-a impus analiza incidenței situației de excepție prevăzute la art. 137 alin.(7) lit.b) din H.G. nr. 395/2016, nefiind vorba despre o abatere tehnică minoră raportat la prevederile alin. (9) al aceluiași articol.

În opinia autorității contractante este neîntemeiată și critica contestatorului privind neîndeplinirea de către ofertantul declarat câștigător a părții din contract constând în proiectare și execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze natural (PPI), pe motiv că subcontractantul ...S.R.L. declarat pentru întocmire documentație tehnică de relocare utilități gaz nu deține autorizație pentru proiectare și nici pentru execuția conductelor și instalațiilor. Astfel, sub aspectul celor statuate în Decizia Curții de Apel ...nr. 122/2021 autorității contractante îi revenea obligația de a reevalua oferta Asocierii din care face parte ... S.R.L. în ceea ce privește verificarea necesității relocării utilităților de gaz și, în caz afirmativ, dacă deține autorizațiile necesare, ceea ce nu s-a întâmplat în speță, autoritatea contractantă concluzionând, în mod eronat, asupra faptului că nu este necesară relocarea conductelor de gaz.

Având în vedere cele statuate prin Decizia Curții nr. 122/2021, arată autoritatea contractantă, a verificat documentația de atribuire și a constatat că nu este necesară nicio acțiune din partea comisiei de evaluare, (în sensul dacă deține autorizațiile necesare pentru relocarea conductelor de gaz) pentru următoarele considerente: Avizul nr. 34001/19.10.2018 emis de S.N.G.N. ...S.A. este un aviz favorabil, nu condiționat. Din aviz rezultă clar că nu sunt necesare relocări ale conductelor de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale așa cum susține contestatorul, în consecință nu este necesară deținerea, în mod specific, a autorizațiilor ANRE de tipul PPI și EPI.

Se apreciază că existența pe amplasament a conductelor de alimentare din amonte nu are nicio influență asupra execuției lucrărilor de construcții, din moment ce avizul ... este favorabil și nu condiționează lucrările cu relocarea acestora, ci doar expune respectarea unor obligații de siguranță din partea executantului.

Raportat la cele menționate, autoritatea contractantă susține că reevaluarea ofertei declarate câștigătoare a fost efectuată în limitele Decizie Curții de Apel ...nr. 122/2021, în condițiile de rigurozitate impuse de legislația în domeniu, criticile contestatorului fiind nefondate.

În drept, se invocă prevederile art.18 alin.2 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr.23920/947/C2/10.05.2021, Consiliul a solicitat ... ..punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de intervenientul ... S.R.L.

Prin notele scrise înregistrate la CNSC sub nr.24907/13.05.2021, ... ..S.A. a solicitat respingerea excepției tardivității, susținând că a transmis contestația, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în termenul legal, respectiv la data de 19.04.2021, sens în care prezintă dovezile de comunicare emise de serviciul de curierat rapid Fan Courier Expres S.R.L. Invocă în susținere și dispozițiile art.183 alin.1 C.proc civ.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ... ..S.A. a depus Note scrise, înregistrate la C.N.S.C. sub nr.30462/11.06.2021.

Consiliul, relativ la cererea de intervenție voluntară formulată de ... S.R.L., constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 *[(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)]*”.

Având în vedere dispozițiile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 coroborate cu prevederile art.61 alin.3, art.64 alin.2, art.65 și art.67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză asocierea ... are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea de intervenție privește respingerea contestației, deci implicit menținerea actelor emise în cadrul procedurii, Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante.

În contextul invocării de către intervenientul ... S.R.L. a excepției tardivității contestației, în considerarea art.26 alin.1 din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra acestei excepții, pe care o va respinge, din următoarele considerente:

Conform argumentării prezentate, intervenientul înțelege să susțină tardivitatea contestației din perspectiva nerespectării de către ... ..S.A. a obligației de a transmite contestația în interiorul termenului legal de 10 zile, prevăzut de art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, inclusiv autorității contractante.

Față de dovezile transmise de contestator la dosarul cauzei, constând în AWB-urile emise de serviciul de curierat rapid Fan Courier Express, din care rezultă comunicarea contestației la data de 19.04.2021, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, dată aflată în interiorul termenului legal care a început să curgă la data de 09.04.2021 – a comunicării rezultatului procedurii – și s-a împlinit la data de 19.04.2021, excepția se dovedește a fi nefondată.

În aprecierea acestei finalități, relevante sunt dispozițiile art.183 alin.1 C.proc.civ., potrivit cu care **„A d procedură d î te p d le prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus l u serviciu d curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori transmis prin fax sau e-mail, e so a f făcut î te ”**

Pe fondul cauzei, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect **„Proiect asis t și execu l p r obiec Mod drumu județ ...”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.../09.01.2020.

Valoarea estimată a contractului este de 67.160.512,07 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Au fost depuse 4 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, care au fost vizualizate în SEAP la data de 25.02.2020, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal (1) nr.VI/4159/25.02.2020.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ... S.R.L.

Împotriva acestui prim rezultat al procedurii, au depus contestații:

- ... S.R.L. în calitate de lider al Asocierii formată din ... S.R.L.
- ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L.;

- ...S.A.;

- ...S.R.L., în calitate de lider al Asocierii formată din ...S.R.L., - ... S.A.-...S.R.L.- ...S.R.L.,

soluționate de CNSC prin decizia nr.2387/C2/2483, 2484, 2485/22.12.2020, după cum urmează:

*„Admite contestațiile depuse de ... S.R.L. și ...- ... CLUJ, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, în ceea ce privește evaluarea ofertelor depuse de ... S.R.L. și ... S.R.L., precum și actele subsecvente părții anulate.*

*Obligă autoritatea contractantă să reevalueze ofertele menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.*

*Respinge cererile de intervenție în interesul autorității contractante depuse de ... S.R.L. (privind cele două contestații) și pe cea depusă de ... S.R.L. (privind contestația ...- ... CLUJ).*

*Respinge contestația depusă de ...S.R.L., în contradictoriu cu ..., ca nefondată. (...)"*

Împotriva deciziei menționate, au formulat plângeri ... S.R.L., ...S.A. și ...S.R.L., soluționate de Curtea de Apel ...prin Decizia civilă nr.122/02.02.2021, după cum urmează:

*„(...) Admite în parte plângerea formulată de ...S.A., (...), împotriva Deciziei cu nr. de mai sus, pe care o modifică în parte, în sensul că dispune reevaluarea ofertelor ... S.R.L. și ... S.R.L. – în calitate de lider al Asocierii conform considerentelor prezentei decizii.*

*Respinge plângerile formulate de ... S.R.L., (...) și ...S.R.L. (...) împotriva aceleiași Decizii a CNSC. (...)"*

Continuând procedura, în considerarea deciziei curții de apel, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr.VI/7918/09.04.2021, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă asocierii al cărei lider este ... S.R.L., în timp ce oferta depusă de ...S.A. a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 2.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, respectiv de decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei asocierii din care face parte ... S.R.L., ...S.A. a depus contestația de față, constituind cautiunea în cuantumul prevăzut de lege.

Față de împrejurarea că decizia Curții de Apel ...a format obiectul căii extraordinare de atac a revizuirii, promovată de ... S.R.L., cu respectarea principiului contradictorialității și dreptului la apărare, Consiliul a procedat la suspendarea soluționării cauzei de față, sens în care a emis Încheierea nr.../17.05.2021.

În prezent fiind încetat incidentul procedural care a condus la suspendarea soluționării cauzei, deoarece, așa cum rezultă din informațiile disponibile aflate pe site-ul Curții de Apel Cluj, calea extraordinară de atac a fost soluționată prin respingerea ei, Consiliul a repus pe rol cauza de față, prin emiterea Încheierii nr.../07.06.2021.

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

...S.A. critică rezultatul procedurii materializat în cadrul raportului procedurii nr.VI/7918/09.04.2021, respectiv decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei asocierii al cărei lider este ... S.R.L., susținând că este nelegală, în esență, din următoarele considerente:

**1.** oferta asocierii ... S.R.L. este inacceptabilă ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016;

**2.** înlocuirea subcontractantului declarat ..... S.A. s-a realizat cu încălcarea prevederilor legale aplicabile;

**3.** asocierea ... S.R.L. nu a prevăzut activitatea de supraveghere arheologică în propunerea tehnică și financiară;

**4.** asocierea ... S.R.L. nu poate îndeplini partea din contract constând în proiectare conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (PPI), respectiv pentru execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (EPI).

Investit fiind cu analiza legalității deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, Consiliul se va pronunța asupra temeiniciei fiecăruia dintre considerentele de nelegalitate invocate de contestator, în ordinea stabilită de acesta, astfel:

**1.** În privința primului considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, contestatorul arată că asocierea ... se încadrează în două cazuri distincte și de sine stătătoare de excludere, și anume:

- nu a furnizat autorității contractante informațiile necesare în scopul verificării absenței motivelor de excludere (caz de excludere reglementat de art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016 și art.57 alin.4 lit.h din Directiva 2014/24);

- a comis o abatere profesională gravă constând în încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor (caz de excludere reglementat de art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016 și art.57 alin.4 lit.c din Directiva 2014/24).

Procedând la analiza temeiniciei acestor susțineri, Consiliul reține că,

la cap. III.1.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului”* din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

*„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016”.*

Modalitatea de dovedire a îndeplinirii cerinței de calificare anterior menționată, a fost stabilită, după cum urmează:

*„Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (ofertanți/asociați/subcontractanți/terți susținători).*

*În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător va completa DUAE – Partea III „Motive de excludere” – Secțiunea A „Motive referitoare la condamnările penale”, Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, Secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale”.*

Dispozițiile art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016, stabilesc că:

**„(1) *Au c exc di procedur d atribui a contractului de achiziție publică/acordului-cadru oric opera e ca s află î orica di u s : (...)***

c) **a comis o abatere profesională gravă** care îi pune în discuție integritatea, **iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;** (...)

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

De asemenea, art.169 din același act normativ, prevede că:

**„Au c exc u opera e î oric mome a proceduri d atribui î ca i l cunoștință că opera e s află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, î un di s p l a 164, 165 ș 167, d natură să atragă exc di procedur d atribui ”.**

Din analiza coroborată a prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale anterior menționate, rezultă că operatorii economici participanți la procedură au obligația să precizeze în declarația DUAE dacă au comis abateri profesionale grave care le pun în discuție integritatea.

Consiliul reține că, potrivit art.3 lit.s din Legea nr.98/2016, DUAE reprezintă „documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”.

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că „DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea ...elor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice.”

Relevante în soluționarea criticii sunt și prevederile art.193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) *dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi*", dar și dispozițiile art.65 alin.1 din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care:

*„Comisia de evaluare analizează DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege”.*

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016, *„Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament”.*

Din verificarea anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, Consiliul reține că cerința privind abaterile profesionale din contracte derulate anterior se regăsește în cadrul formularului standard în partea III: *„Motive de excludere”, secțiunea C: „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale” sub forma/textul/sintagma/întrebarea „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”.*

În coloana din dreapta a formularului standard anterior menționat, legiuitorul european a prevăzut posibilitatea formulării unui răspuns atât prin selectarea/bifarea opțiunii *„Da”* sau *„Nu”*, cât și prin completarea cu informații adiționale de tip text a detaliile în cazul unui răspuns afirmativ.

Raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul reține că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute, în mod expres, în cadrul DUAЕ cu privire la situația menționată la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr. 98/2016.

Susține contestatorul că asocierea ... intră sub incidența cazului de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, deoarece a făcut obiectul unei investigații derulată de Consiliul Concurenței, în urma căreia a fost sancționat, prin Decizia nr.71/14.12.2021, cu amendă în cuantum de 3.025.956,89 lei.

... S.R.L. nu contestă, prin cererea de intervenție depusă, existența deciziei de sancționare invocată de contestator, însă susține că nu intră sub incidența cazului de excludere arătat întrucât abaterea profesională constatată nu este de natura unei abateri profesionale grave, dar și că a adoptat măsurile necesare de reabilitare, sens în care prezintă, pe larg argumente.

Consiliul reține că, din conținutul dispozițiilor art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, mai sus redate, se desprind condițiile care trebuie

îndeplinite cumulativ pentru a se putea dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire, și anume:

- existența unei abateri profesionale grave, în sensul art.167 alin.3 din Legea nr.98/2016;
- abaterea profesională gravă să rezulte dintr-un mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a instanței judecătorești sau a unei autorități administrative.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, se observă că autoritatea contractantă nu a făcut vreo verificare în ceea ce privește încadrarea faptei investigate și sancționate de Consiliul Concurenței prin decizia nr.71/14.12.2021, în sfera abaterilor profesionale grave, așa cum sunt definite la art.167 alin.3 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care *„În sensul dispozițiilor alin.1 lit.c, prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.”*

În ceea ce privește noțiunea de „abatere profesională gravă”, relevantă este și jurisprudența europeană, respectiv cauza C-465/11, în care s-a reținut astfel:

*„30. Cu toate acestea, noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.*

*31. În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.”*

Astfel fiind, revine autorității contractante obligația de a efectua verificările ce se impun spre a stabili îndeplinirea sau nu a condițiilor arătate, în contextul în care competența materială a CNSC este limitată la efectuarea unui control de legalitate asupra deciziilor emise de autoritatea contractantă.

Dincolo de acestea, se cuvine a fi subliniat că îndeplinirea condițiilor prevăzute la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, așa cum corect arată și intervenientul ... S.R.L., nu este suficientă pentru a opera cazul de excludere, ci atrage aplicabilitatea dispozițiilor art.171 alin.1, 2 și 3 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care:

*„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) 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 autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile [alin. \(1\)](#) ca*

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) le poate furniza autorității 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.”

Prin urmare, odată stabilită îndeplinirea condițiilor prevăzute la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă este obligată să dea eficiență dispozițiilor legale enunțate și să solicite asocierii ... dovezi ale credibilității membrului ... S.R.L.

Ca efect al principiului asumării răspunderii, tot autoritatea contractantă este entitatea abilitată, mai apoi, să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură, Consiliul având doar menirea de a verifica exercitarea dreptului de apreciere fără depășirea limitelor sale, adică cu exces de putere.

În sensul celor de mai sus a conchis și Curtea de Apel București în Decizia sa nr. 259/11.06.2019.

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, „[autoritățile 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 **au c iar nu inst na su cel căror lea fost î sarcin d a ap dacă u opera e t să fi exc di**.

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 (... SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere).

În sensul că autoritatea contractantă este cea îndrituită să facă verificările ce se impun pentru a stabili îndeplinirea condițiilor prevăzute la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, dar și de a aprecierea asupra măsurilor adoptate în vederea dovedirii credibilității, în sensul art.171 din același act normativ, a reținut chiar și Curtea de Apel ...În Decizia civilă nr.122/02.02.2021, care a arătat, în referire la documentul constatator emis pe numele subcontractantului ..... S.A., chiar dacă în discuție se afla incidența cazului de excludere prevăzut la lit.g a art.167 alin.1 din Legea nr.98/2016, că:

„Curtea apreciază că CNSC a observat în mod întemeiat că nu se poate substitui membrilor comisiei de evaluare, analiza incidenței art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016 revenind autorității contractante, care nu a avut cunoștință până la acest moment de suspiciunile în legătură cu eventualele motive de excludere în privința subcontractantului.”

Situația din speța de față este similară celei avute în vedere de instanță, autoritatea contractantă neavând cunoștința la data stabilirii rezultatului procedurii despre existența deciziei de sancționare emisă de Consiliul Concurenței pentru ... S.R.L.

Chiar și dacă autoritatea contractantă ar fi fost încunoștințată anterior stabilirii rezultatului procedurii, câtă vreme la dosar nu se regăsește vreo dovadă a respectării obligațiilor care îi reveneau, se impune repunerea acesteia în situația de a adopta comportamentul trasat prin dispozițiile legale arătate.

Cât privește incidența cazului de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.h din H.G. nr.925/2016, caz de excludere separat de cel de la lit.c, întrucât vizează comportamentul ofertantului din cadrul procedurii, iar nu o situație anterioară participării la procedură (cum e cazul de la lit.c), Consiliul reține, dat fiind faptul că decizia Consiliului Concurenței este emisă ulterior datei limită de depunere a ofertelor, că nu se poate

reține în sarcina ... S.R.L. vreo culpă în ceea ce privește modul de completare al DUAЕ.

Art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016 sancționează cu excluderea din procedură pe acel operator economic care s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate, ori incidența cazului de excludere nu se verifică în speța de față, fiind lipsit de orice logică să i se impute ... S.R.L. că nu a indicat la data limită de depunere a ofertelor, respectiv la 14.02.2020, decizia Consiliului Concurenței emisă ulterior acestei date, respectiv la data de 14.12.2020.

Concluzionând, față de existența Deciziei Consiliului Concurenței nr.71/14.12.2020, dar și împrejurarea că autoritatea contractantă nu a procedat la efectuarea vreunei verificări cu privire la acesta, Consiliul apreciază că o astfel de verificare se impune înainte de a se face aplicarea cazului de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016.

Astfel, Consiliul va reține întemeiate susținerile ... S.A. dar din perspectiva obligației autorității contractante de a efectua verificările ce se impun.

**2.** Următorul considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, invocat de contestator, constă în faptul că asocierea ... a procedat la înlocuirea subcontractantului declarat, respectiv ..... S.A., cu încălcarea prevederilor legale aplicabile.

În soluționare, Consiliul reține că, în ciclul procesual anterior, soluționând critica conform căreia ofertanții clasați pe locurile 1 și 2 se află în cazul de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.g și h din Legea nr.98/2016, deoarece, în privința subcontractantului ..... S.A., declarat subcontractant de ambii ofertanți, a fost emis Documentul constatator nr.720/107/24.02.2020, prin Decizia nr.2387/C2/2483, 2484, 2485/22.12.2021 organismul administrativ-jurisdicțional a reținut necesitatea efectuării de verificări, de către autoritatea contractantă, privind incidența cazului de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016.

Prin Decizia civilă nr.122/02.02.2021, Curtea de Apel ...a validat concluzia Consiliului, stabilind la rândul său, după cum arată și contestatorul, următoarele:

*„Față de cele reținute, Curtea apreciază că CNSC a observat în mod întemeiat că nu se poate substitui membrilor comisiei de evaluare, analiza incidenței art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016 revenind autorității contractante, care nu a avut cunoștință până la acest moment de suspiciunile în legătură cu eventualele motive de excludere în privința subcontractantului. În același timp, față de prevederile art.170 alin.2 din Legea nr.98/2016 („În*

cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art.171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație”) în cazul reținerii unui motiv de excludere, ofertantul va înlocui subcontractantul care nu a îndeplinit condițiile legale, la solicitarea autorității contractante.”

Prin contestația de față, contestatorul critică comportamentul ... S.R.L. de a nu fi dat curs solicitării de clarificări a autorității contractante, respectiv de a depune documente în dovedirea credibilității subcontractantului declarat, și de a fi procedat, prin răspunsul transmis, direct la schimbarea acestuia.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, prin procesul-verbal (15) nr.VI/5825/17.03.2021, comisia de evaluare a consemnat că:

„(...) va solicita ofertantului să facă dovada că S.C. .... S.A. nu se află în una dintre situațiile care atrag excluderea din procedura de atribuire și să furnizeze „dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.” cu privire la Documentul constatator nr.720/107/24.02.2020.”, sens în care a emis adresa nr.VI/5826/17.03.2021, având conținutul:

„În conformitate cu art.171 alin.1 din Legea nr.98/2016 **vă so**  
**să face dovadă că S.C. .... S.A. nu s află î un di s ca**  
**atrag exc di procedur d atribui ș să furnizez „dovez**  
**ca să arăt că măsuril l d ac su suficie pe a-ș**  
**d î c c pri rapo l motivel d**  
**exc .”** cu privire la Documentul constatator nr.720/107/24.02.2020  
emis de ...S.A.

**Î ca r unu moti d exc vă so î**  
**sub S.C. .... S.A. î c cu p a**  
**a di Le n (...).**

Asocierea ... a răspuns prin adresa nr.455/22.03.2021, din conținutul căreia rezultă că a solicitat acceptarea înlocuirii subcontractantului inițial cu ...S.R.L., pentru care a prezentat DUAE și o serie de documente suport.

Susține contestatorul că asocierea ... nu a adus vreo dovadă că subcontractantul .... S.A. nu se află în una dintre situațiile care atrag excluderea din procedură și nu a furnizat dovezi ale credibilității acestuia, așa cum i s-a solicitat.

Având în vedere conținutul solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă, Consiliul nu achiesează opiniei contestatorului.

Astfel, este adevărat că autoritatea contractantă a solicitat asocierii ... dovezi din care să rezulte că subcontractantul declarat nu se află în una dintre situațiile care atrag excludere, precum și dovezi ale credibilității acestuia, însă, prin aceeași adresă, a solicitat ca, în cazul reținerii unui motiv de excludere, să se procedeze la înlocuirea

subcontractantului în conformitate cu art.170 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Astfel, contestatorul se limitează doar la prima ipoteză din cadrul adresei de clarificări și face o interpretare a acesteia prin prisma răspunsului respondentului, ignorând pe cea prin care s-a solicitat înlocuirea subcontractantului, căreia asocierea ... a și înțeles să-i dea curs.

Dincolo de conținutul solicitării de clarificări, comportamentul care, în opinia contestatorului, ar fi trebuit adoptat de asocierea ..., ar fi fost unul redundant, apreciază Consiliul, în contextul în care, cunoscând situația subcontractantului său, anume aceea că intră sub incidența unui caz de excludere, ar fi procedat la furnizarea de documente doar în scopul ca autoritatea contractantă să ajungă singură la această concluzie.

Practic, modul de a proceda al asocierii echivalează cu o recunoaștere a împrejurării că subcontractantul declarat intră sub incidența cazului de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016.

Cum dispozițiile art.170 alin.2 din Legea nr.98/2016, stabilesc că „(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art.171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască subcontractantul în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.”, răspunsul asocierii nu poate constitui fundament al unei decizii de respingere a ofertei, fiind, din contră, unul concludent, așa cum corect l-a considerat și autoritatea contractantă.

Nu va fi reținut în soluționare nici aspectul subsidiar invocat de contestator, anume că angajamentul noului subcontractant este asumat față de unul dintre membrii asocierii, iar nu față de asociere sau liderul acesteia, deoarece nu se indică prevederea legală încălcată prin acest mod de a proceda și nu se demonstrează cum anume este afectată executarea contractului în parametri cantitativi și calitativi solicitați.

**3.** Următorul considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, constă în faptul că asocierea ... nu a prevăzut activitatea de supraveghere arheologică în propunerea tehnică și financiară.

În analiza temeiniciei susținerii contestatorului, Consiliul reține că, prin Decizia civilă nr.122/02.02.2021, Curtea de Apel ...a trasat în sarcina autorității contractante obligația **„d a stabi î c măsură a d supraveghe arheologică a fost sau nu r î cuprins propuneri tehnic ș fin a ofe ..., î caz c a u a s rapo l r modificări î p fin a ofe c cr stabi d a a l ș a a l di No ”**

Spre o mai bună înțelegere asupra a ceea ce trebuia verificat de autoritatea contractantă în reevaluarea ofertei asocierii ..., relevantă este și concluzia instanței curții de apel prin care s-a decis că nu este necesară declararea ca subcontractanți a entităților cu profil muzeal, validând, astfel, cele dezlegate de Consiliu în sensul în care respectivele entități pot avea calitatea de furnizori de servicii, în sensul art.3 lit.w din Legea nr.98/2016.

A reținut instanța curții de apel la pag.110 a deciziei sale, că:

*„f) Nici critica privitoare la necesitatea declarării ca subcontractanți a entităților de profil muzeal nu poate fi primită.*

*(...)*

*Astfel, potrivit documentației de atribuire, obiectul contractului este constituit din elaborarea unei documentații tehnice (PT, DDE și asistență tehnică din partea proiectantului) și a execuției lucrărilor de construcții, astfel: (...)*

*Se constată astfel că la capitolul dedicat nu se face vorbire despre activități de supraveghere arheologică, singura mențiune din documentația de atribuire cu privire la acest tip de activități fiind, după cum a reținut și Consiliul, în cuprinsul avizului evocat, în nota de subsol arătându-se că „supravegherea arheologică se realizează de către o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior în baza unui contract, prin arheologi înscriși în Registrul Arheologilor. Copia contractului și raportul de supraveghere arheologică se depun la instituția noastră” (Direcția Județeană pentru Cultură ... – sublinierea noastră).*

*Astfel fiind, este corectă dezlegarea dată de organismul administrativ-jurisdicțional în sensul că activitatea de supraveghere arheologică poate fi prestată de un furnizor în înțelesul art.3 lit.w din Legea nr.98/2016. În acest sens, Curtea reține că doar în condițiile în care operatorul economic la care apelează participantul la achiziția publică realizează activități ce se circumscriu sferei obiectului contractului, acest trebuie să fie în mod necesar declarat subcontractant în sensul art.3 alin.1 lit.yy din Legea 98/2016, potrivit căruia (...)*

*Așadar, doar activitățile care fac parte din obiectul contractului nu ar putea fi prestate de furnizori, ceea ce nu este cazul în speță.”*

În lumina celor redate, susținerea intervenientului conform căreia activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor nu face parte din obiectul contractului este întemeiată, fără a putea fi considerată o schimbare de abordare raportat la răspunsul din etapa de reevaluare a ofertei acestuia.

Așadar, autorității contractante îi revenea sarcina ca, în aplicarea deciziei instanței de control, să stabilească în ce măsură activitatea de supraveghere a fost sau nu reflectată în cuprinsul propunerii tehnice și financiare a asocierii menționate, iar în caz contrar analiza urmând a se raporta la reflectarea modificării în prețul final al ofertei, conform criteriilor stabilite de art.134 alin.7 lit.b și art.134 alin.9 lit.a din H.G. nr.395/2016, în contextul în care activitatea de supraveghere arheologică nu face parte din obiectul contractului.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, procedând la reevaluarea ofertei depusă de asocierea ..., autoritatea contractantă a transmis acesteia solicitarea de clarificări nr.VI/5826/17.03.2021, având conținutul:

„2) Vă solicităm să clarificați în ce măsură a fost supraveghe arheologică a fost sau nu r în cuprins propunerii tehnice și fin d d dumneavoastră, raportat la răspunsul nr. 07.2020/2 c /u a so 8 AC / n 07.2020/2 / 7

Prin adresa nr.455/22.03.2021, asocierea ... S.R.L. a formulat răspunsul:

„Referitor la necesitatea constatată la punctul 2, privind măsurile de supraveghere arheologică asocierea SC ... SRL – SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL reflectă în cadrul Propunerii Tehnice în capitolul Personal propus și managementul contractului pentru execuția lucrărilor, la subcapitolul Abordarea propusă pentru managementul riscurilor în cadrul contractului, cu luarea în considerare a cerințelor incluse în Caietul de Sarcini, la pagina 682 s-a precizat Apariția necesității de relocare a utilităților sau descoperirea unor situri arheologice măsura propusă de către ofertant este ca să fie transferate în Contracte de prestări de servicii. S-a prezentat contractul de prestări de servicii încheiat cu Complexul ... și documente privind expertul care va desfășura cercetările arheologice.

Serviciile privind Supravegherea arheologică reflectate în cadrul Propunerii Financiare, Asocierea SC ... SRL – SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL a luat în considerare la întocmirea ofertei financiare prețul serviciilor de supraveghere arheologică. Serviciile privind Supravegherea arheologică sunt în sumă de 60.000,00 lei fără TVA, ele sunt contorizate în cadrul Cheltuielilor indirecte (valoarea cheltuielilor indirecte privind obiectul menționat este în sumă de aproximativ 2.389.705,88 lei fără TVA) avut în vedere în momentul stabilirii prețurilor forfetare unitare pe fiecare activitate/categorie de lucrări și servicii în parte conform Anexei nr.2 din Formularul de ofertă.”

Acest răspuns a fost considerat concludent de către autoritatea contractantă, așa cum apare consemnat în procesul-verbal (17) nr.VI/6499/25.03.2021.

Adresa nr.VI/14567/23.07.2020 la care face autoritatea contractantă trimitere în solicitarea sa, a fost comunicată asocierii cu ocazia evaluării care a condus la stabilirea primului rezultat al procedurii, și prezintă conținutul:

„1. Avizul nr.46/Z/2019, emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale și anexat la procedura de atribuire, este favorabil cu condiția supravegherii arheologice. Conform aviz, supravegherea arheologică se realizează de către o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ în baza unui contract, prin arheologi înscriși în Registrul Arheologilor. În oferta dumneavoastră nu ați prezentat documente prin care să

dovediți forma de colaborare cu o astfel de instituție pentru îndeplinirea cerinței. Vă solicităm să clarificați.”

Prin adresa nr.1133/27.07.2020, asocierea ... S.R.L. a prezentat răspunsul:

*„1. Referitor la neclaritatea constatată la punctul 1, vă transmitem, anexat, Contractul de prestări servicii număr de înregistrare ... 213 din 13.02.2020 și număr de înregistrare Complexul ... din 13.02.2020 încheiat cu Complexul ..., având ca obiect asigurarea unui specialist arheolog pe supravegherea arheologică a șantierului pe parcursul Execuției lucrării aferente procedurii de atribuire de referință.*

*Facem precizarea că activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor nu face parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, situație în care aceasta urmează a fi realizată de un furnizor de servicii, astfel cum este acesta definit la art.3 alin.1 lit.w din Legea nr.98/2016, acesta fiind considerentul pentru care contractul de prestări servicii nu a fost depus odată cu oferta.”*

Anexat răspunsului, a fost depus contractul de prestări servicii nr.213/13.02.2020, înregistrat la Complexul ... sub nr.236/13.02.2020 și declarația de disponibilitate a d-lui Zăgreanu Radu Iustinian.

Verificând propunerea tehnică depusă de asocierea ..., Consiliul constată că în secțiunea indicată de acesta în răspunsul la clarificări, respectiv cap.8 - *„Personalul propus și managementul contractului pentru execuția lucrărilor”, lit.e)* - *„Abordarea propusă pentru managementul riscurilor în cadrul Contractului, cu luarea în considerare a cerințelor incluse în Caietul de Sarcini”* (pag.681-682 din propunerea tehnică), apare evidențiat ca risc identificat în baza caietului de sarcini, *„Apariția necesității de relocare a utilităților sau descoperirea unor situri arheologice”,* iar ca măsură propusă de ofertant - *„Transfer (contactarea unor sub-contractanți de specialitate)”*.

Prin urmare, contrar susținerii contestatorului, asocierea ... a prevăzut în propunerea tehnică activitatea de supraveghere arheologică, precizând că va fi efectuată prin intermediul unui terț, ceea ce a și dovedit prin prezentarea contractului de prestări servicii nr.213/13.02.2020, înregistrat la Complexul ... sub nr.236/13.02.2020 și declarația de disponibilitate a d-lui Zăgreanu Radu Iustinian.

Raportat la dispozițiile art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

*„(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată vreo oră anume în cadrul acestuia.”*

Consiliul apreciază că solicitarea de clarificări nr.VI/14567/23.07.2020 a avut natura unei clarificări de confirmare întrucât a vizat o informație prezentată în cadrul propunerii tehnice ca asumată de ofertant, iar răspunsul formulat (nr.1133/27.07.2020) nu a fost unul de modificare a

propunerii tehnice, situație în care nu se pune problema necesității vreunei verificări sub aspectul incidenței dispozițiilor art.134 alin.6 și 7 din H.G. nr.395/2016.

Stabilind că activitatea de supraveghere arheologică se regăsește în propunerea tehnică depusă de asocieria ... S.R.L., în considerarea deciziei instanței de control, urmează a se stabili dacă aceasta a fost reflectată și la nivelul propunerii financiare a asocierii.

Din răspunsul nr.455/22.03.2021, rezultă că asocieria în discuție a comunicat autorității contractante faptul că a inclus cheltuiala aferentă activității de supraveghere arheologică, în valoare de 60.000,00 lei, fără TVA, în cuantumul cheltuielilor indirecte, în valoare totală de cca. 2.389.705,88 lei, fără TVA.

Cheltuiala cu supravegherea arheologică, susține contestatorul, nu poate fi inclusă în categoria cheltuielilor indirecte, invocând Ordinul Ministrului Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței nr.1568/2002 pentru aprobarea reglementării tehnice *„Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fondurile publice”*, indicativ P 91/1-02.

De asemenea, contestatorul invocă prevederile Anexei 6 – Metodologie privind elaborarea devizului general și a devizului pe obiect, din H.G. nr.907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, conform cărora costurile cu supravegherea arheologică se încadrează în categoria cheltuielilor cu „Amenajarea terenului”.

În combatere, intervenientul susține că prevederile Ordinului nr.1568/2002 nu prezintă relevanță, deoarece:

- pe de o parte, nu prevăd faptul că supravegherea arheologică nu poate fi inclusă în lista cheltuielilor indirecte, Anexa 6 Structura și conținutul cheltuielilor indirecte sau să se detalieze exhaustiv categoriile de cheltuieli indirecte pentru orice tip de lucrare de construcții;
- pe de altă parte, Anexa 6 Structura și conținutul cheltuielilor indirecte din Ordinul nr.1568/2002, menționează în mod expres subpunctul 1 Retribuții cu forța de muncă specială, iar sub punctul 18, faptul că în categoria cheltuielilor indirecte se includ și Cheltuielile cu supravegherea forței de muncă specială folosită pe șantiere.

Sub un prim aspect, reține Consiliul că activitatea de supraveghere arheologică reprezintă o activitate distinctă, necesar a fi desfășurată în cadrul contractului, în acord cu condiționalitatea aflată în Avizul nr.46/Z/2019 emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale – Direcția Județeană pentru Cultură Bistrița Năsăud, cum, de altfel, a fost evidențiată și de asocieria ... în cadrul propunerii tehnice.

Deși activitatea în discuție nu face parte din obiectul contractului, Consiliul apreciază că, ținând de executarea acestuia, reprezintă o activitate accesorie care trebuia cotată distinct în conținutul propunerii

financiare, respectiv în cadrul cheltuielilor directe, așa cum distinct este evidențiată și în propunerea tehnică.

În conturarea acestei concluzii, au fost avute în vedere actele normative invocate de contestator și intervenient, relevantă fiind Anexa 6 – *„Metodologie privind elaborarea devizului general și a devizului pe obiect”* din H.G. nr.907/2016, în care se precizează, la pct.1.2 – *„Amenajarea terenului”*, categoriile de cheltuieli care se circumscriu acestei categorii, printre care, la lit.m, apare evidențiată cheltuiala având ca obiect *„descărcări de sarcini arheologică sau, după caz, protejare în timpul execuției obiectivului de investiții (în cazul executării unor lucrări pe amplasamente ce fac parte din Lista monumentelor istorice sau din Repertoriul arheologic național)”*, precum și *„Precizările privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune”*, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor nr.1.826/2003:

„2.3. Gruparea cheltuielilor în vederea calculării costurilor

Pentru calculul costurilor bunurilor, lucrărilor, serviciilor și al costurilor perioadei, cheltuielile înregistrate în contabilitatea financiară după natura lor se grupează în contabilitatea de gestiune astfel:

- a) cheltuieli directe;
- b) cheltuieli indirecte;**
- c) cheltuieli de desfacere;
- d) cheltuieli generale de administrație.

Cheltuielile directe sunt acele cheltuieli care se identifică pe un anumit obiect de calculație (produs, serviciu, lucrare, comandă, fază, activitate, funcție, centru etc.) încă din momentul efectuării lor și ca atare se includ direct în costul obiectelor respective.

Cheltuielile **directe** cuprind: costul de achiziție al materiilor prime și materialelor directe consumate, energia consumată în scopuri tehnologice, manopera directă (salarii, asigurări și protecția socială etc.), alte cheltuieli directe.

**Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.**

Cheltuielile indirecte cuprind:

- regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor;

- regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă.

De asemenea, în *„Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate”*, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr.1.802/214, se prevede un cont de calculație distinct pentru cheltuielile indirecte de producție (923):

„Costul de producție sau de prelucrare al stocurilor, precum și costul de producție al imobilizărilor cuprind cheltuielile directe aferente producției, și anume: materiale directe, energie consumată în scopuri tehnologice, manoperă directă și alte cheltuieli directe de producție, costul proiectării produselor, precum și cota cheltuielilor indirecte de producție alocată în mod rațional ca fiind legată de fabricația acestora.

Costurile de conversie (prelucrare) a stocurilor includ costurile direct legate de unitățile produse, cum ar fi costurile cu manopera directă. De asemenea, ele includ și alocarea sistematică a regiei fixe și variabile de producție generată de transformarea materialelor în

produse finite. Regia fixă de producție constă în acele costuri indirecte de producție care rămân relativ constante, indiferent de volumul producției, cum sunt: amortizarea, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și costurile cu conducerea și administrarea secțiilor. Regia variabilă de producție constă în acele costuri indirecte de producție care variază direct proporțional sau aproape direct proporțional cu volumul producției, cum sunt materialele indirecte și forța de muncă indirectă.”

Chiar și în situația în care s-ar considera că este vorba despre o cheltuială care ar trebui să se regăsească în cadrul cheltuielilor indirecte, așa cum susține intervenientul, se observă că în cadrul propunerii financiare a acestuia, respectiv în Anexa 2 a Formularului de ofertă, indicat și prin răspunsul la clarificări, nu se regăsește nicăieri individualizată această cheltuială care, așa cum s-a arătat, corespunde unei activități distincte, care formează obiectul contractului de prestări servicii nr.213/13.02.2020, încheiat cu Complexul ....

Argumentul intervenientului în sensul că activitatea în discuție trebuia cuprinsă, din punct de vedere al costului, în categoria cheltuielilor indirecte cu atât mai mult cu cât nu constituie obiectul contractului, nu poate fi primit, deoarece legislația achizițiilor publice care reglementează formele de participare la procedura de achiziție publică (cu referire la furnizor în speța de față) nu se confundă cu reglementările privind categoriile de cheltuieli din cadrul unui contract de achiziție publică.

Așadar, critica contestatorului se vedește a fi întemeiată, astfel că va fi admisă, cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocierea ..., ținând cont de cele anterior expuse.

**4.** Trecând la analiza ultimului considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, constând în faptul că ofertantul câștigător nu poate îndeplini partea din contract constând în proiectare conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (PPI), respectiv pentru execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (EPI), Consiliul constată următoarele:

Prin Decizia civilă nr.122/02.02.2021, Curtea de Apel Cluj, analizând critica similară de la nivelul plângerii formulată de contestatorul de față, a reținut:

*„Așadar, Curtea remarcă că în speță Asocierea ... nu poate invoca cu succes principiul transparenței consacrat de jurisprudența CJUE, rezumată și de CNSC, cât vreme chiar Asocierea ... a afirmat că are capacitatea de a executa contractul prin subcontractantul INST NISTOR, care deține autorizațiile necesare.*

*În concluzie, în lipsa autorizațiilor necesare, lucrările nu se pot executa, fiind nesocotit principiul legalității.*

*Pe de altă parte, Curtea remarcă că nu s-a verificat de către comisia de evaluare starea de fapt din speță în sensul afirmat de Asocierea ... potrivit cu care nu era necesară deținerea în mod specific a autorizațiilor ANRE de tipul*

*PPI și EPI pentru considerentul că pe amplasamentul lucrării nu există conducte de alimentare din amonte.*

*Așadar, în reevaluarea ofertei Asocierii ... se va verifica dacă se impune relocarea utilităților de gaz și în caz afirmativ existența autorizațiilor necesare, urmând a se face aplicarea dacă este cazul a dispozițiilor art.174 alin.2 din Legea nr.98/2016 cu privire la înlocuirea subcontractantului propus care nu are capacitatea tehnică și profesională necesară executării părții din contract pe care urmează să o îndeplinească efectiv."*

Prin urmare, în reevaluarea ofertei depusă de asocieria ..., autoritatea contractantă avea obligația de a stabili, cu prioritate, dacă se impune relocarea utilităților de gaz și, în caz afirmativ, să procedeze la verificarea deținerii de către asocierie a autorizațiilor necesare.

De asemenea, s-a trasat în sarcina autorității contractante obligația ca, în situația în care subcontractantul propus, ...S.R.L., nu deține autorizațiile necesare, să facă aplicarea dispozițiilor art.174 alin.2 din Legea nr.98/2016 și să solicite asocierii înlocuirea subcontractantului propus care nu are capacitatea tehnică și profesională necesară executării părții din contract pe care avea să o execute efectiv.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că, în aplicarea deciziei susmenționate, autoritatea contractantă a consemnat în procesul-verbal (16) nr.VI/6441/24.03.2021 că „Nu este necesară nicio acțiune din partea comisiei de evaluare”, concluzie la care a ajuns în urma unei verificări a Avizului nr.34001/19.10.2018, emis de SNGN ... S.A., după cum apare consemnat în conținutul înscrisului arătat, aviz despre care arată că este unul favorabil și nu condiționat.

... ..S.A. contestă concluzia autorității contractante susținând că a acționat cu nerespectarea deciziei Curții de Apel Cluj.

Consiliul nu achiesează opiniei contestatorului apreciind că autoritatea contractantă a acționat în direcția trasată de instanța, în sensul în care a stabilit că nu este necesară relocarea utilităților de gaz și a justificat concluzia sa.

După cum s-a arătat, autoritatea contractantă nu s-a limitat la singură concluzia de mai sus, care, într-adevăr, privită individual conduce spre o apreciere în sensul nerespectării deciziei instanței, ci a prezentat argumentele sale pentru care a considerat că nu sunt necesare autorizațiile în discuție, situație în care așa-zisa nerespectare a deciziei instanței este doar aparentă.

Că autoritatea contractantă a concluzionat într-un sens care nu îl satisface pe contestator, nu poate fi cenzurat de Consiliu, în condițiile în care autoritatea contractantă a fost abilitată de instanța de judecată să stabilească acest lucru, ceea ce a și făcut prezentând argumente în susținere.

Astfel fiind, critica contestatorului nu va fi reținută în soluționare.

Fiind epuizată analiza criticilor din contestație, Consiliul, analizând capătul de cerere din contestație privind atribuirea contractului către

... ..S.A., întemeiat pe dispozițiile art.26 alin.10 teza a II-a din Legea nr.101/2016, îl va respinge, ca inadmisibil, având în vedere, pe de o parte, că atribuția de desemnare a ofertei câștigătoare aparține comisiei de evaluare, conform art.127 alin.1 lit.m din H.G. nr.395/2016, iar pe de altă parte, că atribuirea contractului către un anumit ofertant presupune inclusiv parcurgerea etapei de verificare a documentelor suport DUAЕ, etapă ce în cazul contestatorului nu s-a realizat.

Pentru cele mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2, 4 și 5 din Legea nr.101/2016, va admite, în parte, contestația formulată de ...S.A. și va anula raportul procedurii nr.VI/7918/09.04.2021, în ceea ce privește oferta depusă de asocierea ..., precum și actele subsecvente părții anulate, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Față de soluția prefigurată, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ... S.R.L., va fi respinsă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

### **CONSILIUL DECIDE:**

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de intervenientul ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L.

Admite, în parte, contestația formulată de ...S.A. și anulează raportul procedurii nr.VI/7918/09.04.2021, în ceea ce privește oferta depusă de asocierea ..., precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind atribuirea contractului către ...S.A.

Respinge cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L. - ...S.R.L.

Obligatorie.

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 vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

...