

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

DECIZIE

Nr. 328/C5/10

Data: 10.02.2023

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată de emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 33/03.01.2023, înaintată de SRL (lider al asocierii SRL -), cu sediul în municipiul, înregistrată în registrului comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de și – administratori și convențional de Cabinet de avocat, având sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul, formulată împotriva rezultatului procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 4563/23.12.2022, act emis în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul Reabilitarea și modernizarea infrastructurii aeroportuare”, ce a fost inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1046212 din 19.08.2022, de către entitatea contractantă, cu sediul în municipiul, județul, s-a solicitat:

- „anularea adresei nr. 4566/23.12.2022, prin care oferta asocierii SRL - SA - SA a fost desemnată câștigătoare;
- anularea adresei nr. 4563/23.12.2022, prin care oferta SRL a fost declarată necâștigătoare;
- anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestor decizii, a raportului procedurii nr. 4562/23.12.2022, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii de la etapa verificării admisibilității, astfel:
- excluderea din procedură a asocierii având în vedere incidența, în speță, a prevederilor art. 180 lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016;

- excluderea din procedură a asocierii având în vedere incidența, în speță, a prevederilor art. 149 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 coroborate cu prevederile art. 180 lit. e) și f) din Legea nr. 99/2016;

- obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii de la etapa verificării conformității, astfel:

- respingerea ofertei asocierii, ca neconformă, având în vedere incompatibilitatea/conflictul de interese între calitatea de prestator de servicii de proiectare și cea de verificator de proiect;

- respingerea ofertei asocierii, ca neconformă/ inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016 coroborate cu prevederile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016”.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliu sub nr./33.01.2023, ... SRL (lider al asocierii SRL - SA - SA), cu sediul în municipiul, ..., ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de și convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor în municipiul, ..., ..., a transmis o cerere de intervenție, solicitând respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

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

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

În susținerea contestației, autorul ei arată că entitatea contractantă a evaluat, în mod vădit nelegal, oferta asocierii SRL - SA - SA (denumită în continuare asocierea).

În prealabil, contestatorul reclamă refuzul entității contractante de a-i acorda accesul la toate documentele din dosarul achiziției și-l consideră un abuz, având în vedere limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei.

1. *Pe fondul cauzei, contestatorul susține că entitatea contractantă avea obligația excluderii din procedură a ofertantului asocierea, în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016.*

Potrivit documentului constatator nr. 92/41898/26.05.2022, emis de Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (.....), asociatul SA și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale, documentul consemnând, de asemenea, aplicarea sancțiunii încetării anticipate a contractului.

Conform informațiilor publice și declarațiilor reprezentanților, la data de 12.05.2022, entitatea publică a reziliat contractul de „Proiectare și execuție pentru finalizarea Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Secțiunea 3C: Suplacu de Barcău - Borș, Lot 2 - Subsecțiunea 3C2: Chiribis - Biharia, km 30+550 - km 59+100”, încheiat cu Asocierea Drum Asfalt SRL - SA - East Water Drillings SRL SA - Vahostav SK, motivele invocate de autoritatea contractantă fiind următoarele:

„a. neîndeplinirea de către constructor (antreprenor) a indicatorilor prevăzuți la Punctele de Referință numărul 2 și numărul 3;

b. proiectul tehnic elaborat de către antreprenor nu respectă prevederile contractuale și legale în vigoare, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor contractuale asumate de către antreprenor;

c. incapacitatea antreprenorului de a furniza o documentație de proiectare în termenii contractuali și în conformitate cu cerințele beneficiarului (.....);

d. antreprenorul exclude varianta de continuare a contractului și de finalizare a execuției lucrărilor în valoarea de contract acceptată;

e. neîndeplinirea de către antreprenor a obligațiilor din Înștiințarea de remediere emisă de către Inginer, conform sub-clauzei 15.1 din Condițiile Speciale de Contract și transmisă prin adresa BO3C2/ 21.0021/29.04.2021;

f. întârzierile majore, nejustificate și care exclud orice culpă a beneficiarului în îndeplinirea de către antreprenor a obligațiilor contractuale;

g. prin aceasta conduită, antreprenorul a dovedit incapacitatea de a continua, respectiv de a finaliza obiectivul prevăzut de contract, aspect care reprezintă, în mod vădit, neîndeplinirea unor obligații contractuale semnificative și esențiale, cât și atitudinea beneficiarului, care, deși ar fi putut da eficiență instrumentului rezilierii la un moment anterior, a dovedit bună-credință și a acordat antreprenorului prorogări și termene rezonabile în care acesta să revină în matca Acordului Contractual, manifestând o conduită în acord cu prevederile legale și contractuale;

h. a fost nevoie de această măsură ca urmare a blocajului generat de constructor, care nu a reușit, nici până acum, să predea un Proiect Tehnic conform”.

Astfel, nerespectarea termenelor contractuale și a obligațiilor asumate privind calitatea serviciilor prestate denotă lipsa capacității și a fiabilității ofertantului de a gestiona un proiect de o asemenea anvergură cum este cel de față.

Or, în speța de față, deși sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de legiuitor pentru aplicarea sancțiunii excluderii din procedură a ofertantului, entitatea contractantă a ignorat această situație, declarând

câștigătoare oferta depusă de , contrar practicii instanțelor de judecată.

Potrivit informațiilor din cadrul documentului DUAЕ, deși avea obligativitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere, ...SA a făcut trimitere exclusiv la hotărârea Tribunalului Bihor nr. 180/28.09.2022, prin care s-a admis cererea de suspendare a efectelor documentului constatator.

Dacă entitatea contractantă ar fi întreprins o minimă și obligatorie analiză a informațiilor din cadrul DUAЕ, ar fi constatat că hotărârea la care operatorul economic SA a făcut trimitere nu era definitivă la data completării DUAЕ.

Din perspectiva dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 99/2016, potrivit căroră entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire, aceasta trebuia să verifice inclusiv faptul că, printr-o hotărâre definitivă, Curtea de Apel Oradea a admis recursul declarat de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, a casat Sentința nr. 180/LP/28.09.2022, pronunțată de Tribunalul Bihor și, rejudecând, a respins cererea de suspendare a efectelor documentului constatator nr. 92/41898/26.05.2022.

Prin urmare, singurul motiv prin care SA și-a susținut credibilitatea a fost definitiv invalidat de instanța de judecată prin Hotărârea nr. 172/13.12.2022.

Astfel, din actele emise de entitatea contractantă lipsește cu desăvârșire orice analiză concretă și riguroasă a situației operatorului economic SA și, de asemenea, o expunere clară a considerentelor/dovezilor/motivelor care au determinat entitatea să considere că măsurile luate de SA sunt suficiente pentru demonstrarea, în concret, a credibilității acestuia prin raportare la motivul de excludere în discuție.

2. Contestatorul susține că asocierea trebuia exclusă din procedura de atribuire, în contextul în care a omis cu bună știință ca, prin răspunsul la adresa de solicitare clarificări nr. 1061/15.12.2022, să furnizeze informații reale, actualizate, privind declarațiile asociatului SA din cadrul DUAЕ. Contestatorul arată că, prin Hotărârea nr. 172/13.12.2022, Curtea de Apel Oradea a casat hotărârea invocată de SA în susținerea fiabilității și credibilității sale.

De altfel, și SA a omis să declare, în DUAЕ, la data depunerii ofertei - 31.10.2022, faptul că emitentul actului contestat,

respectiv, declarase recurs împotriva hotărârii prin care își demonstra credibilitatea, încă din data de 11.10.2022.

3. Contestatorul apreciază că entitatea contractantă avea obligația excluderii din procedură a asocierii SRL, în temeiul dispozițiilor art. 149 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 180 lit. e) și f) din Legea nr. 99/2016, având în vedere interesul financiar comun pe care îl au societățile SA (elaborator al studiului de fezabilitate, parte din documentația de atribuire) și SRL (asociat în cadrul Asocierii SRL), care a condus la distorsionarea concurenței în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

În acest sens, contestatorul menționează că societățile mai sus amintite sunt controlate de aceleași persoane juridice, au aceleași organe de conducere și își desfășoară activitatea la același sediu social, acestea fiind persoane afiliate, conform Codului fiscal.

În acest context, asocierea a avut acces la o serie de informații/documente relevante, care nu au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici (cel mai probabil la listele de cantități/specificațiile complete ale echipamentelor). De asemenea, contestatorul reclamă nepublicarea listelor de cantități de lucrări, la care asocierea a avut acces.

În același timp, specificațiile complete ale echipamentele, probabil chiar furnizorii sau producătorii acestora, au facilitat încadrările monetare și bugetul final pentru acest proiect.

De asemenea, un alt avantaj major pentru elaborarea ofertei îl constituie deținerea documentelor în format editabil, respectiv partea scrisă, detaliile, planșele și schițele proiectului, care sunt mult mai ușor de prelucrat și extras cantități sau alte informații necesare.

Totodată, elaborarea unui studiu de fezabilitate (documentul care va sta la baza elaborării proiectul tehnic) presupune vizite repetate la fața locului, inspecții de durată a locațiilor proiectului, inclusiv a terminalului existent și a pistei de aterizare-decolare. Informațiile și detaliile obținute de o societate implicată în elaborarea studiului de fezabilitate presupun un avantaj clar față de o societate concurentă, care a avut acces câteva ore la amplasament, în urma unei vizite organizate în timpul procedurii de atribuire.

Mai mult, cu titlu exemplificativ, contestatorul face trimitere la documentația de atribuire, în cuprinsul căreia s-au identificat mai multe cerințe de natură a avantaja societățile din grupul UTI, tocmai prin modul în care a fost elaborat studiul de fezabilitate (Răspunsul consolidat nr. 18272/29.11.2022; Răspunsul consolidat nr. 3227/30.09.2022; Răspunsul nr. 3311 din data de 6.10.2022; Răspunsul nr. 3451 din data de 14.10.2022; Răspunsul consolidat nr. 18272/29.11.2022).

4. Contestatorul susține că asocierea nu poate îndeplini, în mod legal, serviciile de verificare, având în vedere incompatibilitatea/

conflictul de interese între calitatea de prestator de servicii de proiectare și cea de verificator de proiect, care rezultă tocmai din natura raporturilor de subordonare.

În speța de față, asocierea a propus verificatori de proiect, care pun la îndoială independența acestora, necesară exercitării activităților, deoarece aceștia se află în relații de subordonare cu ofertantul, situație de natură a demonstra/proba că acesta exercită un control asupra verificatorilor.

Pentru realizarea acestei activități, conform rigorilor legii și ale documentației de atribuire, ofertanții aveau obligația de a asigura independența verificatorilor de proiect, prin subcontractarea acestei activități către o entitate care poate desfășura în mod legal verificarea proiectelor tehnice (..... SRL a nominalizat în cadrul ofertei, pentru componenta verificare proiect societatea Artera Proiect SRL).

În lipsa subcontractării acestor activități, ofertanții nu pot presta, în mod legal, serviciile de verificare solicitate prin caietul de sarcini. Este contrar legii ca verificatorii de proiect să verifice proiectele elaborate de entitatea care i-a angajat, în condițiile în care această relație de subordonare determină incompatibilitatea între calitatea de angajat al proiectantului și obligațiile ce îi revin în calitate de verificator de proiect. În acest sens, contestatorul citează prevederile art. 8 din Regulamentului din 20 noiembrie 1995 privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate.

Prin urmare, raportat la dispozițiile art. 71 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă trebuia să constate acest motiv de conflict de interese și, implicit, faptul că această situație generează imposibilitatea de a mai putea fi respectate cerințele din cadrul caietului de sarcini/constrângerile legale privind verificatorii/obligația impusă acestora de a fi independenți și de a nu se afla în niciun fel de situație de incompatibilitate cu responsabilitățile acordate lor și/sau cu activitățile pe care le vor desfășura în cadrul contractului.

5. Contestatorul susține că asocierea a propus un plan de execuție a lucrărilor fără întreruperea traficului, doar cu scopul de a-și crea un avantaj din punct de vedere al punctajului, în condițiile în care un astfel de plan nu este sustenabil, pe diferite stadii de execuție.

Asocierea a primit, la factorul de evaluare „Durata de imobilizare a activităților operaționale pe pista existentă pe perioada de execuție a lucrărilor în condițiile obținerii pierderilor economice cele mai mici pentru entitatea contractantă”, punctaj maxim, pentru „0” zile propuse în ofertă.

În aceste condiții, entitatea contractantă avea obligația respingerii ofertei depuse de asocierea , ca neconformă/inacceptabilă, în

temeiul prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016 coroborate cu cele ale art. 143 alin. (2) lit. b) din același act normativ.

Având în vedere suprafața necesară de operare (112.500 mp), precum și operațiunile necesare/obligatorii în perioada de execuție, contestatorul prezintă următorul raționament:

(i) este necesară frezarea stratului de slurryseal pentru observarea tuturor defectelor și stabilirea unei soluții finale de reparații/refacere a defectelor (doar la această fază se poate constata gravitatea defectelor, necesitatea și cuantumul acestora, precum și metodele exacte de remediere);

(ii) grosimea minimă a structurii rutiere: 19 cm;

(iii) cantitățile de asfalt necesare minime pe lungimea ce trebuie asigurată (de 1800 ml) sunt:

- Strat de AB31.5 (min. 8 cm): $81.000 \text{ mp} \times 0,08 \times 2,35 = 15.228 \text{ tone}$;

- Strat de BAD22.4 (6 cm): $81.000 \text{ mp} \times 0,06 \times 2,35 = 11.421 \text{ tone}$;

- Strat de BA16 (4 cm): $81.000 \text{ mp} \times 0,04 \times 2,35 = 9.518 \text{ tone}$;

TOTAL: 36.167 tone mixtură asfaltică (aproximativ 1447 de autobasculante de 25 tone capacitate de încărcare);

(iv) conform celor anterior învederate, pe suprafața frezată nu se va putea ateriza, în condițiile în care stratul de bază (AB31.5) și stratul de legătură (BAD22.4), care este poros, nu pot fi lăsate neprotejate; astfel, rezultă faptul că, pentru a putea opera, este necesar să fie realizate toate straturile sistemului rutier, inclusiv reparațiile aferente premergătoare acestora;

(v) astfel, la o cantitate totală minimă de aproximativ 36.000 tone de asfalt, sunt necesare 11 stații de producție mixturi asfaltice cu o capacitate de producție de 320 tone/oră, pentru a furniza toată cantitatea în 10 ore, soluție tehnică ce nu poate fi asigurată de asocierea câștigătoare. Capacitățile stațiilor de producție mixturi asfaltice contemporane cele mai uzuale sunt între 120 și 320 to/oră.

Pe de altă parte:

(i) este necesară frezarea stratului de slurryseal pentru observarea tuturor defectelor și stabilirea unei soluții finale de reparații/refacere a dalelor degradate, refacerea tuturor rosturilor degradate și refacerea obligatorie a tuturor rosturilor de dilatație existente (conform clarificări);

(ii) pentru reparațiile cu mortare preambalate, imediat după finisare, prin strierea suprafeței de mortar proaspăt pus în operă și constatarea că mortarul a început să se întărească, suprafața acestuia se acoperă cu pânză de sac bine umezită în prealabil și menținută în această stare prin stropire cu apă cca. 12 ore, după care se îndepărtează

pânza de sac, iar în locul ei se așterne un strat de nisip de 1,5 cm grosime, care se menține umezit timp de câteva zile;

(iii) timpii necesari de așteptare la refacerea dalelor cu beton armat dispers sunt de minim 7 zile, dacă temperatura atmosferică este de peste 25 grade Celsius;

(iv) oricare din aceste defecte apărute/constatate vor duce la închiderea pistei de aterizare decolare pe parcursul mai multor zile, fapt de natură a demonstra cu certitudine că durata de imobilizare propusă de asocierea câștigătoare nu este sustenabilă, fiind imposibil, raportat la cerințele caietului de sarcini, să se execute lucrarea, în mod continuu, sub traficul aeronavelor.

Prin urmare:

(i) în prezentul proiect, în urma analizării tuturor lucrărilor, contestatorul a luat în considerare toate riscurile și, coroborat cu experiența anterioară, s-a considerat, în mod întemeiat, că, fără limitarea sau întreruperea traficului, nu se pot executa lucrările de reabilitare care fac obiectul contractului;

(ii) în anul 2023, programul de zbor se va modifica prin adăugarea de noi zboruri;

(iii) un program nedefinitivat, ca actualul program de risc, în care utilajele pentru execuția lucrărilor se pot retrage în timp util în vederea operațiilor de decolare/aterizare a aeronavelor, nu este sustenabil; astfel, este evident că asocierea concurentă a ignorat acest risc major tocmai cu scopul de a-și asigura un avantaj;

(iv) în urma reabilitării suprafeței de mișcare, lucrările se vor executa etapizat, astfel este necesară atât refacerea marcajelor (marcaje provizorii, ștergerea și refacerea acestora), cât și finalizarea lor;

(v) în urma reabilitării suprafeței de mișcare, există riscul major ca, pe perioada lucrărilor, categoria balizajului suprafeței de mișcare să scadă de la superior la inferior chiar până la IFR de neprecizie sau VFR; în concluzie, nu s-a luat în calcul acest risc major, eventual folosirea de balizaj mobil, de către asocierea câștigătoare;

(vi) în cazul în care nu se operează întreruperea traficului chiar și pe o perioadă foarte redusă, termenul de finalizare a lucrărilor are mult de suferit, prin retragerea echipamentelor refacerea marcajelor și a balizajului provizoriu de pe pistă și cale de rulare în vederea operării în condiții de siguranță a aeronavelor.

Deși, din punct de vedere tehnic, soluția propusă de ofertantul declarat câștigător nu este una sustenabilă, entitatea contractantă a omis să clarifice aceste aspecte.

Or, în cazul ofertei depuse de SRL, entitatea contractantă a fost mult mai diligentă. Astfel, deși contestatorul a propus închiderea pistei pentru o perioadă de 19 zile, față de „0” zile propuse de

asocierea , entitatea contractantă i-a solicitat clarificări (adresa nr. 4052/24.11.2022).

În acest context, contestatorul solicită obligarea entității contractate la reevaluare ofertei depuse de asocierea , de la etapa verificării conformității acesteia, în condițiile în care ofertantul a propus un plan de execuție impropriu/necorespunzător/imposibil de pus în practică.

6. Nu în ultimul rând, contestatorul susține că SRL nu deține capacitatea profesională de a presta unele dintre activitățile obiect al contractului, respectiv de a elabora studiile topo, parte din proiectul tehnic de execuție, și nici nu a declarat un subcontractant conform legii.

Conform informațiilor publice, niciunul dintre membrii asocierii declarate câștigătoare nu deține acreditările/autorizările necesare elaborării studiilor topo (certificat de autorizare emis de Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară, prin care persoana juridică este autorizată să realizeze lucrări de specialitate în domeniile cadastrului, geodeziei și cartografiei pe teritoriul României în clasa I; certificat de autorizare emis de Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară, pentru persoane fizice, cu scopul realizării și verificării lucrărilor de specialitate din domeniile cadastrului, geodeziei și cartografiei în categoria D).

De asemenea, arată contestatorul, inginerul topometrist, indicat în cadrul ofertei, nu deține autorizație categoria D.

În concluzie, față de toate argumentele anterior învederate, contestatorul solicită admiterea cererii sale, cu consecința anulării actelor nelegale emise de entitatea contractantă.

Prin adresa nr. 83/09.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 1342 din 10.01.2023, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată, și menținerea în totalitate a deciziilor comisiei de evaluare.

Preliminar, referitor la acuzațiile aduse de contestator cu privire la faptul că entitatea contractantă a acționat în mod abuziv refuzându-i accesul la dosarul achiziției în integralitate, aceasta precizează că nu au fost încălcate prevederile legale privind accesul neîngrădit al contestatorului la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost, care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale, așa cum rezultă din procesul-verbal nr. 4609/28.12.2022, încheiat la sediul entității contractante, în urma prezentării reprezentanților împuterniciți ai societății SRL.

De altfel, însuși contestatorul și-a declarat confidențiale, în cadrul ofertei sale, atât propunerea tehnică, cât și propunerea financiară, precum și clarificările depuse ulterior.

În baza principiului transparenței și al tratamentului egal, entitatea contractantă a procedat similar și în cazul solicitării studierii dosarului de achiziție de către SRL. În urma studierii documentelor a fost încheiat procesul-verbal nr. 48 din 05.01.2022.

1. Cu privire la motivele invocate de contestator asupra excluderii asocierii din procedura de atribuire, întrucât nu ar fi furnizat informații reale privind declarațiile asociatului SA din cadrul DUAЕ, entitatea contractantă arată că, prin răspunsul la solicitările de clarificări, acest ofertant a înaintat Sentința civilă nr. 180/LP/2022, pronunțată în dosarul 1894/111/2022* de către Tribunalul Bihor la data de 28.09.2022, prin care s-a dispus suspendarea efectelor documentului constatator, înregistrat la sub nr. 92/41898 din 26.05.2022, până la soluționarea cererii de anulare a adresei nr. 92/37424 din 12.05.2022 privind măsura rezilierii contractului nr. 92/509/65 din 11.08.2022, așa cum a fost declarată de către ofertant în cadrul DUAЕ.

În urma analizei documentelor suport și a celor relevante transmise de către ofertant (răspunsul nr. 1061/15.12.2022, înregistrat la entitatea contractantă cu nr. 4429/15.12.2022, inclusiv prin documentele relevante transmise ulterior prin răspunsul nr. 1092 din 22.12.2022, înregistrat la entitate contractantă cu nr. 4547/22.12.2022, respectiv adresa nr. 4516 din 20.12.2022), entitatea contractantă nu a considerat că ofertantul se află în situația definită în cadrul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 și nu existau motive de excludere a ofertantului potrivit prevederilor legale menționate.

Mai mult, prin comisia de evaluare, entitatea contractantă a depus toate diligențele necesare verificării incidenței prevederilor legale stipulate la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, verificând stadiul dosarului mai sus menționat la Curtea de Apel Oradea (instanță pe rolul căreia se află cauza). Chiar dacă, la data de 13.12.2022, a fost admis apelul și a fost dispusă trimiterea spre rejudecare a cauzei, soluția instanței, atât în perioada în care trebuiau comunicate documentele suport DUAЕ conform solicitării comisiei de evaluare, cât și la data de 23.12.2022 (data întocmirii raportului procedurii) nu era motivată. Mai mult, nefiind o soluție irevocabilă, entitatea contractantă nu a recurs la excluderea ofertantului, întrucât nu erau întrunite condițiile legale incidente pentru a fi luată această măsură/decizie în cadrul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului cu privire la excluderea asocierii din procedura de atribuire în baza prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h), entitatea contractantă reiterează faptul că, până la momentul încheierii raportului procedurii, nu au existat dovezi că asociatul SA și-ar fi „încălcăt în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate

anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

2. Entitatea contractantă și-a îndeplinit toate obligațiile legale cu privire la verificarea tuturor datelor furnizate (cu atât mai mult cu cât niciunul dintre operatorii incluși în asociere nu este cuprins în registrul publicat în SEAP privind „Operatorii economici care au interdicție de participare la proceduri în SEAP”).

Or, deși contestatorul invocă motive juridice de excludere a ofertantului declarat câștigător, el însuși se află într-o situație similară. În cadrul DUAЕ, ... SRL, în calitate de lider al asocierii SRL -, menționează introducerea, pe calea instanțelor de judecată, a unei cereri în anulare a unui document constatatator emis de pe numele său, cu termen de judecată 10.01.2023 (dosarul nr. 33788/3/2021* Tribunalul). Prin urmare, oare trebuia să fie exclus pe această cale și SRL, având în vedere că în contestația sa este menționat că „Documentul constatatator se bucură de prezumția de legalitate, având în vedere natura sa de act administrativ, producând efecte juridice de la emiterea acestuia”.

3. În referire la solicitarea de excludere a asocierii, raportat la interesul financiar comun pe care îl au societățile SA (elaborator al Studiului de fezabilitate, parte a documentație de atribuire) și SRL (asociat al societății SRL), entitatea contractantă arată că SA are calitatea de proiectant al studiului de fezabilitate, în baza unui contract de achiziție sectorială, încheiat în urma procedurii de licitație deschisă, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1029482/25.03.2021, cu transmitere în JOUE în data de 27.03.2021, sub nr. 2021/S 060-152910 (la care putea participa orice operator interesat, inclusiv contestatorul).

Având în vedere oferta depusă de asocierea la procedura de atribuire, ținând cont de contractul de prestări servicii încheiat anterior, având ca obiect inclusiv elaborarea SF-ului anexat la documentația de atribuire, în vederea preîntâmpinării unei situații ce poate genera un conflict de interese, entitatea contractantă a formulat o cerere la data de 25.11.2022 către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) în vederea clarificării situației identificate (răspuns înregistrat cu nr. 4548/22.12.2022, atașat prezentului punct de vedere).

Argumentele invocate de către contestator, potrivit cărora ofertantul câștigător ar fi fost în avantaj financiar în elaborarea ofertei sale prin prisma că unul din operatorii consorțiului (asocierii) a proiectat această lucrare în etapa SF nu se susțin, deoarece, din punct de vedere legal, operatorilor economici care realizează servicii de proiectare le este permis să participe cu ofertă în cadrul procedurii ce are ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor, procedură bazată pe respectivul SF, realizat de aceștia.

Entitatea contractantă a încărcat, în SEAP, caietul de sarcini, care are 5 anexe (volume), ce cuprind documentația tehnică, inclusiv SF-ul (cod document SF-EP-2106-002-003, din 11/2021, cu 133 pagini), publicat la anunțul de participare și SF-ul (cod document EP-2109-002-003, din 02/2022, cu 215 pagini, publicat în data de 01.09.2022, prin clarificarea din oficiu 84/30.08.2022). Ulterior, entitatea contractantă a adus completări asupra documentației tehnice, prin publicarea, în SEAP, la data de 30.09.2022, în urma răspunsului consolidat nr. 3227/30.09.2022, inclusiv a listelor de echipamente și dotări, prin cele două anexe atașate.

Așadar, entitatea contractantă a publicat toate informațiile necesare în vederea elaborării ofertelor, inclusiv listele de cantități/specificațiile complete ale echipamentelor. Acest lucru s-a dovedit și din ambele oferte depuse, care au cuprins, în propunerea lor tehnică, descrieri cu privire la dotările și echipamentele, cu cantități precizate la echipamentele de control de securitate, așa cum apar în SF-ul publicat și în conformitate cu listele de cantități/specificații tehnice atașate în SEAP caietului de sarcini. În cadrul procesului-verbal standardizat, înregistrat cu nr. 4150/30.11.2022, comisia de evaluare a precizat, la fiecare ofertant, că propunerea tehnică cuprinde fișe tehnice ale dotărilor, potrivit anexei nr. 3 la Ordinul nr. 1170/2021.

Astfel, nu se susține afirmația contestatorului potrivit căreia operatorii economici interesați nu aveau la dispoziție toate informațiile necesare pentru elaborarea ofertei privind dotările și echipamentele necesare, respectiv cuantificarea lor în vederea elaborării propunerii financiare.

În plus, răspunsurile entității contractante, la solicitările de clarificări invocate de contestator, sunt întocmai potrivit legii, documentația de atribuire având la bază, în cadrul caietului de sarcini, SF-ul elaborat cu respectarea prevederilor legii în domeniul achizițiilor sectoriale. În cadrul procedurii de atribuire în cauză nu pot fi și nu există alte informații decât cele ce se află la nivel de SF, cantitățile de lucrări urmând a fi stabilite în detaliu, în urma proiectării tehnice ce face obiectul contractului.

Deținerea documentelor în format editabil de către unul din ofertanți nu poate face obiectul unei facilitări. Pe de altă parte, nu au fost solicitări cu privire la punerea la dispoziția ofertanților a unor informații în format editabil.

Afirmația contestatorului potrivit căreia a avut acces doar câteva ore la amplasament nu are nicio relevanță, prin prisma faptului că acesta nu a solicitat prelungirea vizitei de amplasament, ci prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, ca urmare a constatărilor efectuate în timpul acestei vizite. Or, entitatea contractantă a prelungit acest termen pentru a facilita accesul tuturor operatorilor interesați la procedură, cu

toate că termenul de finalizare a proiectului este 31.12.2023, cum prevede contractul de finanțare.

4. În ceea ce privește cele invocate de contestator, raportat la obligația respingerii, ca neconformă, a ofertei depuse de asocieria, având în vedere incompatibilitatea/conflictul de interese între calitatea de prestator de servicii de proiectare și cea de verificator de proiect, entitatea contractantă învederează că au fost respectate dispozițiile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, precizând că ofertantul declarat câștigător a nominalizat verificatori de proiect independenți față de proiectantul propus, prezentând documentele acestora, inclusiv declarații de disponibilitate.

Entitatea contractantă nu a impus, prin documentația de atribuire, o formă de implicare a operatorilor economici într-un grup care ofertează, conform regulilor speciale stipulate de art. 67 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Întreaga legislație incidentă atestării verificatorilor de proiecte și desfășurării activităților acestora este în sensul atestării și răspunderii personale a expertului verificator de proiecte, independent de calitatea lui de angajat al vreunei entități și independent de orice altă răspundere specifică a entității angajatoare. Din analiza prevederilor invocate, rezultă cu claritate că dreptul de practică dobândit de expertul verificator de proiecte prin atestarea sa de către MDRAP este unul personal, implicând o răspundere personală, reglementată de legislația ce guvernează atestarea și atribuțiile unui verificator de proiecte tehnice.

Prin urmare, susținerea contestatorului că doar prin subcontractarea componentei de verificare a documentațiilor de avizare/proiectului tehnic în cauză s-ar fi putut asigura respectarea întocmai a legislației din domeniu este eronată.

În SEAP există nenumărate exemple potrivit cărora în obiectul procedurii de atribuire a proiectelor tehnice se află și obiectul de verificare proiect tehnic.

5. Privitor la solicitarea contestatorului de respingere a ofertei depuse de asocieria, ca neconformă și inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă precizează că a evaluat propunerea tehnică, în sensul punctajului de la componenta tehnică - punctul a), precum și a experților cheie și non-cheie prezentați, în baza celor declarate de către ofertant, justificate corespunzător în cadrul ofertei tehnice.

Câtă vreme, în termenul legal de contestare a prevederilor documentației de atribuire publicate, nu a fost contestat faptul că nu ar fi fost impus un minim de zile aferent „duratei de imobilizare a activităților operaționale pe pista existentă pe perioada de execuție a lucrărilor, în condițiile obținerii pierderilor economice cele mai mici pentru entitatea

contractantă”, punctat ca factor de evaluare, și sub nicio formă nu a fost semnalat de niciun operator economic cum că ar fi imposibil de realizat astfel de lucrări fără suspendarea activităților operaționale pe pista existentă, pe perioada de execuție a lucrărilor, criticile contestatorului cu privire la punctarea ofertei câștigătoare, în condițiile stabilite potrivit documentației de atribuire, nu se susțin. Contestatorul vine doar să arate că oferta sa, deși a primit un punctaj mai mic decât al câștigătorului este cea corectă, acesta aflându-se pe locul II în competiție. Astfel, contestatorul încearcă să găsească motive pentru a anula acest clasament cu scopul de a duce în favoarea sa punctarea ofertelor și, dacă este posibil, chiar eliminarea/descalificarea concurentului său.

Entitatea contractantă a considerat ofertele (inclusiv planul de execuție) ca fiind reale și sustenabile, fără a pune la îndoială acuratețea acestor date. Pe de altă parte, realizarea unor astfel de lucrări fără suspendarea activităților operaționale pe pista existentă, pe perioada de execuție, este o situație care se întâlnește și în cazul altor aeroporturi (lucrările de această natură fiind executate la Aeroportul Iași, unde pista a fost închisă doar 5 zile, față de 6, cât se estimase inițial).

Drept practică, un exemplu clasic de lucrări sub trafic este dat de compania Lagan Aviation and Infrastructure, care a reabilitat piste de la zeci de aeroporturi din lume, fără închiderea traficului. Câteva exemple în acest sens sunt: Londra Southend (<https://laganaviation.com/case-studies/aviation/southend-airport>), Londra City (<https://laganaviation.com/case-studies/aviation/london-city-airport>), Washington Ronald Regen (<https://laganaviation.com/case-studies/aviation/ronald-reagan-washington-national-airport-1>).

Entitatea contractantă mai precizează că a evaluat propunerea tehnică, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și a fișei de date, astfel:

a) s-a analizat componența experților cheie și non-cheie propuși de cei doi ofertanți, experiența dovedită în proiecte similare și autorizațiile/certificările/calificările acestora, comisia stabilind că ambele oferte sunt conforme și admisibile din acest punct de vedere, acordându-se punctajul în consecință;

b) s-a analizat abordarea propusă pentru realizarea obiectivului *Ob. 1 „Reabilitarea pistei de decolare-aterizare”* al proiectului și implicațiile utilizării acestei abordări, atât în perioada de derulare a lucrărilor, cât și în perioada imediat următoare;

c) s-a analizat manualul calității, împreună cu procedurile de lucru pe specialități, s-a verificat adecvarea lor cu mediul de lucru aeroportuar, definit de reglementări specifice;

d) s-a analizat metodologia de lucru propriu-zisă pentru atingerea dezideratului de a minimiza perioada de întrerupere efectivă a traficului aerian, comisia având în vedere următoarele aspecte:

- coroborarea perioadelor declarate pentru întreruperea traficului cu graficul general de execuție (Gant) și analiza drumului critic; comisia a cerut clarificări pe această temă doar ofertantului SRL, datorită faptului că metodologia prezentată era mai puțin detaliată decât a celui alt ofertant și existau neconcordanțe între durata declarată, de 19 zile, cu graficul Gant; în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, acest aspect a fost lămurit;
- analiza cantităților de utilaje, echipamente tehnologice și dotări tehnice prezentate de ambii ofertanți, inclusiv facilități pentru iluminare necesare activității pe timp de noapte.

Comisia a declarat cele două oferte conforme și admisibile pentru acest criteriu și a calculat punctajul pentru fiecare ofertă. Hotărârea comisiei de a accepta ambele oferte a avut la bază și următoarele rațiuni:

- asumarea expresă a fiecărui ofertant privind mobilizarea personalului suficient și a resurselor materiale identificate a fi necesare în perioada execuției de lucrări, astfel încât să se asigure și să se respecte cu strictețe abordarea tehnică propusă de aceștia, respectând totodată durata imobilizării operațiunilor aeriene;

- nerespectarea datelor sau a termenelor propuse duce la penalizări pe parcursul efectuării lucrărilor și nu este un motiv de respingere a unei oferte. Astfel, în acordul contractual există o clauză expresă de penalizare a antreprenorului, în cazul în care această durată de întrerupere a traficului nu este respectată, formularul de acord contractual fiind însoțit și asumat de ambii ofertanți.

6. În conformitate cu prevederile caietului de sarcini, cum de altfel însoși contestatorul indică, cerința privind realizarea studiului topografic se referă doar la resursa umană, respectiv inginerul topometrist. Prin cerința în discuție s-a impus doar prezentarea, în această etapă de depunere a ofertelor, a diplomei de studii și a experienței dobândite, fără alte informații sau documente referitoare la persoana nominalizată. Nu s-a solicitat autorizarea ANCPI a operatorilor economici în vederea realizării studiului topografic, cum de altfel, nici nu este indicat vreun domeniu pentru care să fie atestată persoana care va elabora acest studiu.

Evaluarea ofertanților nu se poate realiza pe baza unor cerințe care nu sunt impuse, așa cum sugerează contestatorul, aspect care rezultă din prevederile art. 36 alin. (6) al HG nr. 394/2016.

Atât timp cât entitatea contractantă nu a impus această cerință prin documentația de atribuire, nici la momentul evaluării ofertelor nu se pot completa cerințele caietului de sarcini, care, de altfel, nu au fost contestate în termenul legal. Instanțele judecătorești au confirmat în mod repetat inaplicabilitatea unei/unor cerințe noi care conduc, de fapt, la completarea documentației de atribuire.

Având în vedere considerentele anterior expuse, entitatea contractantă apreciază că susținerile contestatorului sunt netemeinice, nefondate și lipsite de obiect.

Prin adresa nr./....., transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr./....., ... SRL a transmis o cerere de intervenție, solicitând respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

Pe de o parte, intervenientul își demonstrează interesul legitim în promovarea cererii sale, dar și caracterul confidențial al ofertei sale.

Pe fondul cauzei, intervenientul arată că SRL a formulat aprecieri subiective, care nu-și găsesc corespondentul în realitatea documentelor și informațiilor aflate la dispoziția entității contractante. Oricum, contestatorul nu probează și nu motivează corespunzător niciuna dintre susținerile sale, nefiind, astfel, respectate (nici) dispozițiile art. 10 alin. (1) lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016.

Motivarea contestației constă în redarea unor dispoziții legale, a unor cerințe ale documentației de atribuire, a răspunsurilor entității contractante la solicitările de clarificări și pretinsa corelare a acestora cu motive generice, speculative privind oferta depusă de asocierea Or, aceasta nu reprezintă o motivare validă a contestației, nerezultând de niciunde temeinicia susținerilor invocate pur declarativ.

1. Intervenientul arată că nu sunt incidente motivele de excludere statuate de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016. Conduita SA, membru al asocierii al cărei lider este SRL, nu se circumstanțiază situațiilor de excludere.

Documentul constatat nr. 92/41898/26.05.2022, emis de, confirmă explicit faptul că pretinsa neîndeplinire a obligațiilor contractuale asumate de către asocierea SA - Vahostav SK, a.s. - SA - Drumuri Asfalt SRL - East Water Drillings SRL (asocierea) vizează exclusiv etapa de proiectare.

De altfel, explicit se menționează, în cadrul documentului constatat, faptul că „execuția lucrărilor nu a început, având în vedere că activitatea de proiect nu a fost finalizată”.

Prin urmare, conținutul documentului constatat reflectă o situație contractuală și de fapt aferentă unei etape în care SA nu a fost implicat (etapa de proiectare, anterioară etapei de execuție a lucrărilor), etapă în care nu ar fi putut interveni (date fiind prerogativele sale limitate la activitatea de execuție a lucrărilor) și pe care nici nu ar fi putut-o influența (.....SA neavând capacitatea tehnică și specializarea necesare pentru desfășurarea activității de proiectare).

Totodată, documentul constatat confirmă explicit că asocierea a adoptat măsurile corective, prin plata sumelor provenite din penalitățile de întârziere stabilite (de altfel, abuziv) de

către, punând la dispoziția emitentului dovezile de achitare a acestora.

De altfel, stabilirea de către a unor penalități de întârziere agreeate contractual de către părți nu poate fi considerată o sancțiune compatibilă cu noțiunea de „plată de daune – interese”, în sensul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și, mai mult, odată ce penalitățile de întârziere au fost achitate, nici nu s-ar mai găsi justificarea indicării acestora.

Legalitatea și temeinicia situației de fapt (greșit) reținute de către pentru rezilierea acestui contract, respectiv emiterea documentului constatator este, în prezent, contestată, fiind supusă analizei instanțelor de judecată.

În acest sens, intervenientul arată că există următoarele dispute litigioase în curs:

- dosarul nr. 5077/3/2022* are ca obiect anularea penalităților de întârziere stabilite în baza contractului și indicate în documentul constatator; la acest moment, dosarul nu a fost soluționat de către Tribunalul, având acordat în cauză termenul de judecată în data de 22.02.2023;

- dosarul nr. 15588/3/2022 are ca obiect anularea notificării de reziliere; la acest moment, dosarul nu a fost soluționat de către Tribunalul, având acordat în cauză termenul de judecată în data de 10.02.2023;

- dosarul nr. 1894/111/2022* a avut ca obiect suspendarea documentului constatator; prin Sentința civilă nr. 180/28.09.2022, Tribunalul Bihor a admis cererea asocierii și s-a dispus suspendarea efectelor documentului constatator; împotriva Sentinței civile nr. 180/28.09.2022, ... a promovat recurs, admis prin Decizia civilă nr. 172/13.12.2022;

- dosarul nr. 22368/3/2022* are ca obiect anularea documentului constatator; la acest moment, dosarul nu a fost soluționat de către Tribunalul, fiind acordat în cauză termenul de judecată în data de 21.03.2023.

Prin urmare, în contextul în care legalitatea și temeinicia documentului constatator și rezilierea contractului sunt contestate în instanță și nu s-a pronunțat încă o hotărâre definitivă, acestea nu pot produce efecte juridice și, prin urmare, nu pot fi luate în considerare în vederea excluderii din procedura de atribuire a societății SA, cu atât mai mult cu cât acesta nici nu era responsabil de activitățile pentru care a dispus cele două măsuri (rezilierea și emiterea documentului constatator).

Totodată, intervenientul arată că SA nu se încadrează în motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, întrucât, pentru a se dispune excluderea unui

ofertant din cadrul procedurii de atribuire, trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- încălcarea de către ofertant în mod grav sau repetat a obligațiilor principale din contract și

- încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune - interese, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile; așadar, doar conduita efectivă, demonstrată chiar a ofertantului în cadrul unui alt contract de achiziție publică poate conduce la excluderea acestuia din procedura de atribuire, nicidecum faptul că acesta a fost membru al unei asocieri față de care respectivul contract a fost reziliat.

Astfel, dacă aceste condiții sunt întrunite, ofertantul nu își probează credibilitatea. Cu alte cuvinte, chiar și un operator care s-ar face vinovat de încălcarea gravă/repetată a unui contract anterior și de rezilierea acestuia/plata daunelor interese are șansa de a-și menține capacitatea de atribuire a altui contract, dacă își probează credibilitatea prin prezentarea măsurilor efectiv întreprinse pentru evitarea unor consecințe viitoare similare. Prin urmare, excluderea unui ofertant nu se dispune/constată în mod automat, ci este, de asemenea, necesară acordarea posibilității de a-și proba credibilitatea prin măsurile întreprinse ulterior unei abateri grave.

Doar entitatea contractantă apreciază dacă un operator economic trebuie exclus. Cu alte cuvinte, entitatea contractantă evaluează informațiile și documentele aflate la dispoziția sa și poate decide dacă acestea sunt suficiente pentru a nu exclude ofertantul din procedura de atribuire; doar în situația în care documentele de credibilitate sunt considerate insuficiente, entitatea contractantă are obligația de a transmite ofertantului o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

În al doilea rând, greșit susține SRL o pretinsă încadrare a societății SA în motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, atât timp cât condițiile impuse pentru incidența acestui motiv de excludere, în mod cumulativ, nu sunt îndeplinite.

În concret, ...SA nu și-a încălcat grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul contractului și nici nu ar fi putut, oricum, să-și încalce obligațiile asumate, în contextul în care acestea vizau exclusiv execuția lucrărilor, iar această etapă nu a început tocmai pentru că activitatea de proiectare nu a fost finalizată.

Este evident și incontestabil faptul că această primă condiție nu poate fi considerată îndeplinită în contextul în care (i) activitățile de proiectare nu se aflau nici în controlul și nici în responsabilitatea/sarcina SA, astfel cum în mod clar rezultă din acordul de asociere; (ii) activitățile asumate de către SA nu au fost demarate, astfel cum explicit rezultă din chiar documentul constatator;

(iii) din analiza codurilor CAEN ale societății SA, facil se poate constata că activitatea de proiectare nu este și nu poate fi prestată de către acesta.

De altfel, contestatorul nu probează/argumentează care ar fi acele obligații principale asumate și neîndeplinite de către, ci se limitează la a cita motivele invocate de către pentru rezilierea contractului, incontestabil, vizează etapa de proiectare.

Conduita SA nu a condus nici la încetarea anticipată a contractului, nici la plata/imputarea de daune-interese și nici la sancțiuni comparabile: nici măcar această condiție nu poate fi considerată îndeplinită atât timp cât (i) rezilierea contractului a fost dispusă de către sub pretextul că „documentațiile tehnice (...) nu respectă prevederile contractuale”, activitate/sarcină care nu s-a aflat în responsabilitatea SA; (ii) penalitățile de întârziere, fiind agreeate contractual, nu pot fi considerate „daune interese” și, oricum, sumele stabilite au fost achitate, anterior emiterii documentului constatator; (iii) alte sancțiuni compatibile nu au fost stabilite de către

Motivul de excludere invocat de către SRL vizează exclusiv conduita operatorului economic, ofertant în cadrul procedurii de atribuire: simplul fapt că SA este membru al asocierii nu are nicio relevanță pentru demonstrarea incidenței motivului de excludere. Chiar dacă documentul constatator a fost emis și față de asocieria, din care face parte și SA, motivul de excludere poate fi verificat doar în raport de conduita acestui operator economic în executarea contractului care, însă, nu se circumstanțiază niciunui motiv tendențios invocat de către SRL. Cu alte cuvinte, nu existența documentului constatator ar putea reprezenta un temei de excludere, ci verificarea conduitei efective, concrete, a operatorului care, aflat în procedura de atribuire a unui alt contract, se confruntă cu acest demers.

În acest sens, relevant este întocmai temeiul de drept invocat de către SRL, care vizează „orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații”, fapt pentru care conduita efectivă a ofertantului trebuie analizată, nicidecum a altor entități (doar pentru că aceștia ar fi parte din aceeași asocierie).

Documentul constatator relevă concluziile, în raport de modul în care contractul a fost executat, în integritate, fără, însă, a fi particularizată vreo conduită defectuoasă a operatorului În interpretarea propusă de SRL s-ar ajunge la situația (inadmisibilă și profund greșită) în care SA ar fi sancționat pentru conduita altui operator economic, doar pentru că a fost emis un singur document constatator, respectiv nu a înțeles să disjungă și să detalieze conduita fiecărui membru al asocierii.

2. Nu este incident nici motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

În primul rând, relevante pentru circumstanțierea incidenței motivului de excludere sunt următoarele repere:

(a) pentru a se dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire în temeiul art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții, respectiv:

- să fie incident un motiv de excludere și/sau ca operatorul economic să fie vizat de un motiv de excludere - condiție neîndeplinită de către SA;

- operatorul economic să fie vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise entității contractante, în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau operatorul economic nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate - condiție neîndeplinită de către SA, în contextul în care existența documentului constatatator a fost explicit declarată în DUAE, aspect confirmat chiar și de către SRL prin contestație;

(b) urmare a declarării informațiilor corecte, complete și corespunzătoare privind motivul aparent de excludere, ...SA se bucură de credibilitate și prezumția de bună credință. Concret, pe tot parcursul evaluării ofertei asocierii, entitatea contractantă a cunoscut faptul că, față de asocierea, a fost emis documentul constatatator, ...SA informând onest și corespunzător despre această situație, întocmai pentru a respecta principiul transparenței și sincerității. Prin urmare, ...SA a identificat el însuși motivele de excludere eventual posibil a fi fost reținute în privința sa de entitatea contractantă, situație față de care nu se poate reține decât îndeplinirea cerințelor de transparență și loialitate, nicidecum interpretările speculative propuse de către SRL (aflat el însuși, de altfel, în exact aceeași situație).

Indicarea existenței documentului constatatator, în cadrul DUAE depus de către SA, nu reprezintă o recunoaștere a îndeplinirii condițiilor cumulativ impuse pentru reținerea motivului de excludere, ci exclusiv faptul că acesta a intenționat informarea transparentă a entității contractante despre această situație;

(c) cu toate că nu avea obligația de a declara existența documentului constatatator (acesta nefiind nici măcar apt să reflecte conduita sa efectivă), ...SA a înțeles să informeze complet și transparent entitatea contractantă. La momentul depunerii ofertei, acesta era suspendat, iar actul administrativ nu reține informații și elemente apte să circumstanțieze în vreun fel conduita SA în executarea contractului.

Prin urmare, corectitudinea și sinceritatea SA sunt indubitabile.

Contestatorul critică, totuși, conduita SA dintr-o perspectivă speculativă, eronată și profund netemeinică, respectiv aceea că, la momentul depunerii documentelor justificative, nu s-ar fi putut prevala

de hotărârea care confirma suspendarea documentului constatator, urmare a recursului Ceea ce pare că omite, însă, ... SRL, cu intenția de a induce în eroare, este tocmai faptul că entitatea contractantă a cunoscut existența documentului constatator pe tot parcursul procedurii de atribuire, fiind informată în acest sens chiar de către SA.

Atât documentul constatator, cât și rezilierea contractului au fost contestate, reprezentând aspecte care urmează să fie tranșate de către instanțele de judecată competente, fapt pentru care nu pot justifica incidența motivului de excludere.

Pentru a permite entităților contractante efectuarea verificării menționate anterior, prevederile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, stabilesc faptul că: „Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SE AP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor”.

Or, simpla verificare a informațiilor publicate în SEAP conduce la concluzia că documentul constatator nu este publicat, în contextul în care însăși, în calitate de emitent al documentului constatator, a înțeles faptul că acest act administrativ nu trebuie adus la cunoștința altor autorități contractante și/sau altor operatori economici, devine evident că, la acest moment, nu produce efecte juridice întocmai pentru că este contestat.

Mai mult, intervenientul reiterează faptul că penalitățile de întârziere indicate în documentul constatator au fost achitate. nu numai că recunoaște plata penalităților, ci chiar a restituit antreprenorului o parte dintre penalitățile achitate (indicate în documentului constatator), fapt pentru care nu se pot considera aplicabile măsurile de excludere urmare a rezilierii contractului.

Intervenientul susține că entitatea contractantă poate aprecia dacă un operator economic trebuie exclus din procedura de atribuire, urmare a verificării documentelor prin care acesta înțelege să-și probeze credibilitatea.

Entitatea contractantă a avut la dispoziție informații și documente depuse de SA pentru a-și demonstra credibilitatea și le-a considerat suficiente, dovadă în acest sens fiind faptul că a declarat admisibilă oferta depusă de SRL, în contextul în care singura entitate, căreia dispozițiile legale i-au încredințat sarcina de a aprecia dacă un ofertant trebuie exclus din procedura de atribuire, a validat suficiența documentelor depuse de către SA pentru dovedirea credibilității. Indubitabil, condițiile impuse pentru a se constata incidența cazului de excludere nu sunt îndeplinite. Validarea documentelor de

credibilitate de către entitatea contractantă este un demers suficient pentru a se respinge critica formulată de SRL.

3. În opinia intervenientului, nici motivele de excludere statuate de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) și f) din Legea nr. 99/2016 nu sunt incidente.

Critica SRL este, oricum, netemeinică, în contextul în care și elaboratorul studiului de fezabilitate are posibilitatea legală de a participa la atribuirea contractului de proiectare și execuție, cu atât mai mult un alt operator economic nu ar putea fi exclus.

Deși principala apărare a intervenientului este și rămâne în sensul inexistenței vreunei implicări efective a vreunui dintre operatorii economici ofertanți în elaborarea studiului de fezabilitate, acesta arată, în continuare, că ar fi existat, oricum, chiar și posibilitatea legală a elaboratorului studiului de fezabilitate însuși de a participa la atribuirea contractului de proiectare și execuție. Or, în situația în care inclusiv elaboratorul studiului de fezabilitate poate participa la procedura de atribuire, cu atât mai mult unei societăți distincte nu îi pot fi aplicate motivele de excludere solicitate de către SRL, întrucât:

(a) conflictul de interese, statuat prin pct. e) al art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, survine doar atunci când și dacă se probează efectiv faptul că o persoană a avut oportunitatea să urmărească îndeplinirea intereselor sale private în detrimentul sarcinilor sale de serviciu. Prin urmare, pentru a discuta despre conflict de interese trebuie să se dezvolte și să se probeze un raționament coerent, complet și fundamentat cu indicarea fiecăreia dintre componentele definitorii ale situației, mai exact: implicarea în procesul decizional efectiv al unei entități contractante, definirea unor interese proprii concrete și afectarea interesului de serviciu/public, prin conduita aleasă, numai astfel relația anterioară dintre un operator economic și o anumită entitate contractantă fiind aptă să se încadreze într-o asemenea premisă.

Niciuna dintre aceste premise nici măcar nu a fost enunțată de către SRL, care s-a limitat la indicarea temeiului juridic, fără nicio dezvoltare de acest tip;

(b) pe de altă parte, participarea unui operator economic la pregătirea studiului de fezabilitate nu poate să conducă nici la vreo presupusă distorsionare a concurenței, prin eventuala deținere exclusivă de către acesta a unor informații pe care alți participanți la procedură nu le cunosc, atât timp cât documentația de atribuire a fost publicată integral în SEAP, fiind pusă la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți.

Din altă perspectivă, în ipoteza în care un ofertant a realizat un studiu de fezabilitate, orice cunoaștere ar fi dobândit autorul studiului nu afectează ofertele altor participanți, atât timp cât studiul în cauză a fost pus la dispoziția tuturor ofertanților.

Toate informațiile conținute în studiul de fezabilitate au fost publicate, astfel cum chiar SRL confirmă, conținutul caietului de sarcini a inclus studiul de fezabilitate în întregul.

Or, în contextul în care SRL a elaborat întocmai studiul de fezabilitate, iar acesta a fost pus la dispoziția tuturor ofertanților, devine incontestabil că nu a existat și nu a putut exista nicio denaturare a concurenței, întocmai pentru că toți ofertanții au cunoscut toate informațiile necesare pentru elaborarea ofertei, dovadă în acest sens fiind faptul că oferta depusă de SRL a și fost declarată conformă de către entitatea contractantă.

Timpul de pregătire și depunere a ofertelor a fost asigurat, ofertanții având la dispoziție un termen de aproximativ 73 de zile pentru pregătirea și depunerea ofertei, perioadă care reprezintă o dublare a duratei minime (35 de zile), impusă prin dispozițiile art. 87 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Clarificări succesive au fost publicate de către entitatea contractantă. Inclusiv subiectul pretinselor „documente omise” a fost abordat prin clarificările care au precedat depunerea ofertelor. Cu alte cuvinte, entitatea contractantă a răspuns tuturor aspectelor suspuse analizei/verificărilor de către ofertanți.

Pe de altă parte, prin răspunsul consolidat nr. 3227/30.09.2022, entitatea contractantă a adus la cunoștința ofertanților aspectul potrivit căruia „cantitățile reale vor fi stabilite de ofertantul câștigător prin proiectul tehnic și pot suferi variații pozitive/negative”. Prin urmare, aceasta este modalitatea în care, de fapt, toți ofertanții au fost evaluați în raport de „listele de cantități de lucrări”. În contextul în care entitatea contractantă a clarificat complet, corect și corespunzător toate aspectele semnalate de către persoanele interesate, devine evident că nu se poate reține vreo avantajare a ofertei asocierii SRL. De altfel, ... SRL ar fi avut posibilitatea de a contesta acest răspuns, dacă nu-l considera edificator, însă nu a procedat astfel.

Entitatea contractantă a evaluat conformitatea fiecărei propuneri tehnice prin raportare doar la prevederile caietului de sarcini, iar nu la alte informații care nu ar fi fost aduse la cunoștința operatorilor interesați să participe la procedura de atribuire.

Întrucât etapa de verificare a ofertelor este proprie exclusiv entității contractante, ... SRL nu a putut influența, prin modul de redactare a studiului de fezabilitate, deciziile comisiei de evaluare, deci nici nu i se poate crea vreun avantaj ofertei asocierii SRL. Practic, simplul fapt că SRL a elaborat un document al achiziției publice nu a condus în vreo manieră la impactarea deciziilor comisiei de evaluare.

..... SRL nu a participat la activități care constau în furnizarea de asistență și suport pentru activitățile de achiziție, respectiv în una dintre următoarele forme: (i) infrastructură tehnică care să permită entităților

contractante atribuirea de contracte sectoriale sau încheierea de acorduri-cadru pentru lucrări, produse sau servicii, (ii) asistență și consiliere cu privire la desfășurarea sau structurarea procedurilor de achiziție sectorială, (iii) asistență și consiliere cu privire la desfășurarea sau structurarea procedurilor de achiziție sectorială”.

Oricum, contestatorul nu demonstrează și nu poate demonstra existența vreunui avantaj concret obținut de asocierea prin faptul că SRL a elaborat, anterior, studiul de fezabilitate. Concret, ... SRL invocă doar faptul că listele de cantități și versiunea editabilă a documentelor nu ar fi fost publicate de către entitatea contractantă, situație de natură a-i fi oferit un avantaj.

Cu toate acestea, ... SRL nu probează vreun avantaj al asocierii SRL, în contextul în care a oferit un preț mai mic decât cel oferit de către Asocierea Astfel cum documentele demonstrează, acesta a putut să pregătească și să depună o ofertă conformă, în baza tuturor informațiilor oferite de entitatea contractantă, chiar la un preț mai mic decât cel oferit de asocierea

Aspectele invocate de către SRL ca fiind „avantajele” deținute de către SRL nu sunt de natură a genera excluderea, având în vedere că documentațiile tehnico-economice pentru realizarea obiectivelor/proiectelor noi de investiții în domeniul construcțiilor, întocmite în fiecare etapă, sunt diferite între etapa a II-a (studiul de fezabilitate) și etapa a IV-a (proiectul tehnic de execuție).

Contestatoarea, însă, induce ideea că anumite documente aferente etapei de proiectare (proiectului tehnic de execuție) ar fi realizate în etapa de fezabilitate și, așadar, deținute deja de asocierea Totuși, dispozițiile art. 7 alin. (1) din HG nr. 907/2016 clarifică aceste aspecte.

De altfel, nici conținutul cadru al studiului de fezabilitate și nici scenariul/opțiunea tehnico-economică optimă impuse nu indică faptul că în conținutul acestuia ar trebui să se regăsească listele de cantități.

Doar devizul general și/sau devizul pe obiect sunt componente ale studiului de fezabilitate, însă scopul acestora este doar acela de a se stabili valoarea totală estimată a cheltuielilor necesare realizării unui obiectiv de investiții care, oricum, se poate actualiza.

Proiectul tehnic de execuție, elaborat abia în etapa de proiectare a lucrărilor, va include listele cu cantitățile de lucrări.

Listele de cantități nu puteau fi, așadar, încărcate la momentul publicării în SEAP a documentației de atribuire, întrucât acestea nu au fost elaborate la momentul studiului de fezabilitate.

În acest sens, relevante sunt, de asemenea, următoarele aspecte:

- aceste documente, astfel cum însuși răspunsul entității contractante citat de contestator arată, se vor întocmi de către viitorul antreprenor, în etapa de elaborare a proiectului tehnic. Astfel, relevant în acest sens este obiectul contractului atribuit de proiectare și execuție,

care implică elaborarea listelor exacte de cantități pentru lucrările ce vor fi proiectate și executate, în urma elaborării proiectului tehnic; prin urmare, nu pot fi solicitate astfel de detalieri întocmai pentru că, la acest moment, nu se cunosc cu precizie resursele necesare executării lucrării;

- versiunea editabilă a studiului de fezabilitate nu este, uzual, pusă la dispoziția ofertanților nici în alte proceduri și, de altfel, entitatea contractantă nici nu are obligația de a proceda astfel. Concret, studiul de fezabilitate, parte a documentației de atribuire, nu este un document care trebuie să fie transmis într-o versiune editabilă; dimpotrivă, acesta este protejat de drepturile de proprietate intelectuală ale deținătorului său și poate fi pus la dispoziție într-o versiune editabilă doar dacă entitatea contractantă acordă un astfel de drept ofertanților. De altfel, nici caietul de sarcini (ca document distinct de studiul de fezabilitate) nu a fost pus la dispoziția ofertanților într-o versiune editabilă;

- pe de altă parte, dacă o astfel de versiune editabilă a studiului de fezabilitate era de interes pentru SRL, acesta avea posibilitatea de a o solicita, prin adresarea unei solicitări de clarificare; nu a procedat, însă, astfel, fapt pentru care, la acest moment, nu mai poate critica modalitatea în care documentele aferente achiziției i-au fost puse la dispoziție.

Timul de vizitare a amplasamentului este, de asemenea, un motiv superfluu de criticare a modalității de evaluare a ofertei asocierii SRL. Faptul că SRL a vizitat amplasamentul denotă că acesta a putut consulta, la fața locului, starea în care aeroportul se află. De altfel, ... SRL nu demonstrează că ar fi solicitat vizitarea repetată a amplasamentului care, eventual, să îi fi fost restricționată/refuzată.

Caracteristicile echipamentelor impuse prin caietul de sarcini nu au limitat/restricționat participarea asocierii SRL în cadrul procedurii de atribuire. Dimpotrivă, oferta acestuia a fost declarată conformă.

Entitatea contractantă a permis explicit ofertarea unor produse echivalente, iar, în repetate situații, a ajustat caracteristicile tehnice ale acestora în sensul solicitat de către operatorul economic care a adresat solicitarea de clarificare.

Oricum, atât criticile privind pretinsa distorsionare a concurenței, cât și cele privind caracteristicile echipamentelor sunt, la acest moment, tardive, în contextul în care aceste subiecte au fost abordate prin clarificări necontestate de către SRL.

4. Nu există nicio incompatibilitate/niciun conflict de interese privind verificatorii de proiecte nominalizați în cadrul ofertei.

În opinia intervenientului, este nemotivată, netemeinică și nelegală critica autorului contestației potrivit căreia, pentru a realiza verificarea de proiect, asocierea avea obligația de a asigura această componentă a proiectului prin verificatori de proiect independenți, care să nu aibă calitatea de angajați/colaboratori ai proiectantului, ci doar

subcontractanți ai acestuia. Acesta susține, totodată, că ofertanții nu pot realiza cele două activități, deoarece s-ar ajunge la un conflict de interese, fiind invocate, în acest sens, dispozițiile art. 71 din Legea nr. 99/2016.

Or, critica se fundamentează pe simple interpretări speculative ale unor informații, fără, însă, a fi verificat în mod temeinic obiectul contractului și/sau criticate informațiile care se regăsesc la nivelul documentelor de ofertă. Simpla enumerare a unor prevederi legale și apoi invocarea nerespectării acestora, fără a fi indicate elementele propunerii tehnice care nu ar fi respectat aceste prevederi demonstrează, încă o dată, caracterul nemotivat și neprobat al contestației formulate.

În ceea ce privește conflictul de interese pe care îl invocă SRL, acesta nu există, cel puțin, în viziunea legiuitorului, relevată exact de textele legale invocate de contestator și interpretate în mod voit distorsionat.

Astfel, potrivit prevederilor art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, legiuitorul stabilește în mod limitativ, următoarele incompatibilități, cu privire la activitatea experților verificatori de proiect:

„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el. proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”.

Textul de lege interzice, așadar, în mod exclusiv și limitativ, verificarea de către verificatorul de proiect a documentelor elaborate de către el însuși, fără însă a stabili, astfel cum susține contestatorul, printr-o nepermisă interpretare extensivă, vreo incompatibilitate sau vreun conflict de interese din eventuala calitate de angajați ai unei entități, atât a verificatorului de proiect, cât și a realizatorului proiectului.

În fapt, interpretarea dată de SRL acestui text de lege nu are niciun suport juridic, legiuitorul nefăcând nicio referire, nici măcar tangențial, la vreo incompatibilitate sau interdicție, generate de calitatea de angajați ai aceleiași societăți, atât a proiectantului, cât și a verificatorului, atât timp cât verificatorul de proiecte nu verifică proiectele realizate de el însuși. O astfel de viziune a legiuitorului, asupra incompatibilităților și conflictului de interese, în materia verificărilor de proiecte, este întemeiată pe împrejurarea că verificatorul de proiecte este, el însuși, atestat de către MLPAT (Ministerul Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului), actuală MDLPA (Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor

Publice și Administrației), în vederea verificării de proiecte, iar nu entitatea angajatoare.

Așa fiind, deontologia profesională a verficatorului de proiecte se analizează la nivel personal și nu la nivelul entității angajatoare, verficatorul de proiecte având o răspundere legală personală, distinctă de orice altă răspundere a societății angajatoare. De altfel, întreaga legislație incidentă atestării verficatorilor de proiecte și desfășurării activităților acestora susține această interpretare, în sensul atestării și răspunderii personale a expertului verficator de proiecte, independent de calitatea acestuia, de angajat al vreunei entități și independent de orice altă răspundere specifică a entității angajatoare. Relevante în acest sens sunt și prevederile art. 21 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, care atestă că dreptul de practică dobândit de expertul verficator de proiecte, prin atestarea sa de către MLPAT (MDLPA), este unul personal, implicând o răspundere personală și nu răspunderea entității angajatoare, care nu are calitatea, în sine, de a verifica proiecte.

Mai mult, în exercitarea atribuțiilor sale legale, Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației a emis Ordinul nr. 817/2021 pentru aprobarea procedurii privind atestarea tehnico-profesională a verficatorilor de proiecte și a experților tehnici. Conform prevederilor art. 1 alin. (1), respectiv art. 2 alin (1) din procedură, pe de o parte, cel care este atestat în vederea verificării de proiecte este persoana fizică, iar nu entitatea care îl angajează, și, pe de altă parte, aceasta (persoana fizică) are libertatea, fără a-și pierde prin aceasta nici abilitarea legală de a verifica proiecte și nici răspunderea personală privind legalitatea activității sale, de a alege modul de exercitare a acestei profesii, independent sau ca angajat al unei entități.

Indiferent care ar fi modalitatea de exercitare a profesiei, verficatorul de proiecte este personaj atestat de către MLPAT/ MDLPA, potrivit legii, și, indiferent dacă este angajat al unei entități sau acționează independent, răspunderea verficatorului pentru activitatea sa este una personală, generată tocmai de atestarea sa, la fel de personală. Este, așadar, evidentă voința legiuitorului, în ceea ce privește limitele în care verficatorul de proiecte urmează a-și desfășura activitatea: (i) pe de o parte, permițând, prin prevederile art. 2 din Ordinul nr. 817/2021 pentru aprobarea procedurii privind atestarea tehnico-profesională a verficatorilor de proiecte și a experților tehnici, ca verficatorul să-și exercite profesia independent sau ca angajat al unei alte entități, și, (ii) pe de altă parte, prin prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, deși cunoaște că verficatorul de proiecte poate avea calitatea de angajat, nu stabilește niciun fel de interdicții determinate de calitatea acestuia de angajat al unei entități și niciun fel de conflicte de interese care ar trebui verificate la nivelul entității angajatoare, mărginindu-se a prohibi, limitativ, identitatea dintre proiectant și verficator.

Or, astfel cum reiese din cadrul propunerii tehnice, echipa de proiectare este complet diferită față de echipa verificatorilor de proiecte. Astfel, asocierea are capacitatea de a realiza activitatea de proiectare și verificarea proiectelor, prin verificatori de proiecte atestați MLPAT, alții decât experții care vor realiza proiectarea, fapt pentru care interdicția impusă de lege este perfect și pe deplin îndeplinită. Criticile contestatorului sunt nefondate întocmai pentru că se bazează exclusiv pe o interpretare abuziv extensivă și distorsionată a textelor de lege incidente.

Totodată, relevante sunt și prevederile explicite ale condițiilor de contract, sub-clauza 19.2, alin. (2): „Antreprenorul va transmite Supervizorului documentația aferentă proiectului, verificată de către un vericator autorizat angajat de către Antreprenor. (...)”. Prin urmare, chiar documentația de atribuire confirmă explicit faptul că vericatorul autorizat este angajat al Antreprenorului, respectiv al ofertantului.

Nici prevederile art. 71 din Legea nr. 99/2016, invocate de către SRL, nu sunt aplicabile în contextul în care chiar documentația de atribuire, publicată de către entitatea contractantă, stabilește expres că vericatorul de proiect este angajat al antreprenorului, iar această cerință a rămas definitivă prin necontestare.

Nicio cerință a documentației de atribuire și nicio dispoziție legală nu impune subcontractarea vericatorilor de proiect, ofertanții având, astfel, posibilitatea de a angaja vericatorii de proiect dacă echipa este distinctă de cea a proiectanților.

5. Privitor la planul de execuție, pe care îl consideră sustenabil, intervenientul arată că, potrivit informațiilor publice disponibile pe site-ul oficial al RA ROMATSA „Administrația Română a Serviciilor de Trafic Aerian”, secțiunea Publicații - AIP România, Aeroportul este deschis traficului aerian, de luni până vineri, în intervalul orar 05.00 -17.00 (UTC), sâmbăta, în intervalul orar 04.00 -16.00 (UTC), iar duminica este închis. În aceste condiții, asocierea a luat în considerare că poate executa orice lucrare în afara orelor în care aeroportul este deschis traficului aerian, având disponibil (i) un interval de 12 ore, în nopțile de luni, marți, miercuri și joi, (ii) un interval de 11 ore, în noaptea de vineri spre sâmbătă, și (iii) un interval de 37, ore de sâmbătă după-amiază până luni dimineață.

În acest fel, aeroportul poate să își desfășoare activitatea operațională fără întreruperi de trafic, soluția aleasă de asocierea de a executa lucrările etapizat, pe tronsoane de mici dimensiuni, în fiecare noapte și în intervalul mai lung din weekend, timp în care traficul aerian este închis, fiind așadar sustenabilă, eficientă și de foarte mare utilitate pentru entitatea contractantă. La rândul său, aceasta a analizat și a validat în mod corect propunerea tehnică a asocierii, declarând-o conformă.

Pe de altă parte, defectele dalelor de beton pot fi identificate și fără frezarea stratului de slurryseal. Stratul de slurryseal existent are o grosime foarte mică (2 -10 mm), astfel încât defectele pot fi identificate cu ușurință de către un antreprenor experimentat. Dacă, în timpul execuției lucrărilor, se constată că este necesar, se pot face sondaje punctuale, care însă nu afectează activitatea operațională a pistei/suprafeței de mișcare.

Imediat după frezarea stratului de slurryseal pe fiecare tronson de mici dimensiuni se vor turna/așterne cele 3 straturi asfaltice, conform proiect și detalierii din cadrul propunerii tehnice, pag. 90 – 91.

După execuția lucrărilor aferente fiecărui tronson se va face curățenie pentru a nu rămâne FOD-uri (Foreign Object Debris)/obiecte străine, care pot cauza avarii aeronavelor. De asemenea, porozitatea ridicată a stratului de legătură nu conduce la formarea de FOD-uri. Înaintea dării în exploatare a pistei, se face o inspecție riguroasă a acesteia și se îndepărtează orice posibil FOD identificat; oricum, conform prevederilor propunerii tehnice stratul de legătură pentru fiecare tronson al pistei se acoperă imediat (în același interval orar în care traficul aerian este închis) prin turnarea/aș temerea stratului de uzură.

Mai mult, există soluții de reparare a dalelor prin utilizarea unor materiale cu întărire rapidă (max. 10 ore). Același tip de materiale cu întărire rapidă se poate folosi și pentru remedierea defectelor dalelor urmare a ruperii acestora la colț/rost. Ca urmare a vizitei amplasamentului și ținând cont de prevederile expertizei tehnice pentru suprafețele de mișcare, pista de decolare-aterizare, cale de rulare și platforma de îmbarcare-debarcare ale Aeroportului (în special a Raportul foto anexat expertizei), precum și de prevederile studiului de fezabilitate, este vizibil faptul că nu există dale de beton din pista aeroportului care să necesite înlocuirea în totalitate. Doar într-o astfel de situație (compromiterea integrală a unei dale de beton din pistă și înlocuirea acesteia din cauza degradării în profunzime) este necesară perioada de așteptare de 7 zile pentru întărirea betonului rutier, perioadă indicată de către SRL. Asupra dalelor cu degradări superficiale (cum este cazul celor care se regăsesc pe pistă) se poate interveni și prin efectuarea de reparații care nu impun restricții de circulație, cum de altfel, chiar contestatorul afirmă ulterior. Mai mult, defecte precum găuri, microfisuri/exfoliere a colțurilor/rosturilor dalelor se îndepărtează oricum în etapa de frezare a stratului de slurryseal.

În continuare, intervenientul susține că SRL critică în mod greșit aspectele privind determinarea PCN-ului (Pavement Classification Number) anterior finalizării tuturor lucrărilor.

Astfel cum chiar SRL indică în contestație, în cadrul expertizei tehnice, pag. 39, au fost determinate/calculate PCN-urile pentru pista de decolare-aterizare, cale de rulare și platformă. PCN-ul poate fi însă

determinat și teoretic, respectând formula care se regăsește chiar în cuprinsul expertizei tehnice, însă la grosimea dalei de beton se adaugă grosimea straturilor de mixturi asfaltice, rezultând, în mod evident, un PCN superior celui indicat în cadrul expertizei tehnice. Prin cerințele caietului de sarcini/studiului de fezabilitate nu s-a impus un anumit nivel de îmbunătățire a capacității portante, însă aceasta, urmare a așternerii celor trei straturi de mixturi asfaltice, cu o grosime totală de 19 cm, peste dalele de beton, cu o grosime de 31,5 cm, se va îmbunătăți în mod automat. Prin ranforsarea structurii rutiere existente se aduce astfel o îmbunătățire semnificativă a capacității portante a suprafeței de rulare, aceasta fiind suficientă pentru asigurarea desfășurării activităților aeronautice în siguranță, după cum entitatea confirmă prin chiar decizia de declarare ca fiind conformă a ofertei.

6. Pe de altă parte, precizează intervenientul, contrar susținerilor contestatorului, asocierea are capacitatea profesională de a realiza toate activitățile care fac obiectul contractului, asigurând specializările necesare conform cerințelor impuse.

De altfel, nicio cerință explicită a documentației de atribuire nu reflectă obligația de a deține și/sau prezenta, în această etapă, autorizări pentru operatorii economici și/sau anumite alte tipuri de autorizări. În conformitate cu prevederile caietului de sarcini, cerința explicită privind activitățile topografice se referă doar la resursa umană, respectiv inginerul topometrist.

Nici în cuprinsul anunțului de participare și nici în cel al fișei de date, entitatea contractantă nu a inserat vreo mențiune cu privire la prezentarea autorizației ANCPI pentru persoanele juridice în vederea realizării activității topo, fapt pentru care critica SRL se bazează, de fapt, pe o cerință nescrisă, demers interzis, astfel cum expres se statuează prin dispozițiile art. 36 alin. (6) al HG nr. 394/201686.

Astfel, având în vedere că entitatea contractantă a solicitat în mod explicit nu mai puțin de 11 autorizații, emise de diferite instituții, atât pentru etapa de proiectare, cât și pentru cea de execuție, dacă ar fi considerat necesară autorizația ANCPI pentru persoanele juridice în vederea realizării activităților topografice, ar fi indicat/solicitat în mod explicit și această autorizație.

Or, atât timp cât entitatea contractantă nu a impus această cerință, nici la momentul evaluării ofertelor nu poate interpreta distinct cerințele documentației de atribuire rămase definitive, prin necontestare. Instanțele judecătorești au confirmat, în mod repetat, inaplicabilitatea unei/unor cerințe noi care conduc, de fapt, la completarea documentației de atribuire.

Concluzionând, o ofertă nu poate fi în niciun context respinsă ca neconformă pentru o cerință care nu este prevăzută explicit și literal în documentația de atribuire.

În altă ordine de idei, ceea ce este însă menționat în cadrul caietului de sarcini este faptul că acesta conține studiul topo deja realizat în etapa anterioară, vizat de OCPI. Prin urmare, studiul topografic este deja elaborat și vizat de OCPI.

Cerințele explicite ale caietului de sarcini privind activitatea topografică se referă (doar) la „verificarea coordonatelor topografice ale șantierului”.

Asocierea a respectat, întru totul, cerințele caietului de sarcini, nominalizând în cadrul ofertei un topograf autorizat, pentru care documentele suport solicitate, în mod explicit, prin documentația de atribuire, se regăsesc în documentele de ofertă.

În replică, prin adresa fără număr de înregistrare și nedată de emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 3693/25.01.2023, ... SRL a înaintat un răspuns la punctul de vedere formulat de entitatea contractantă și la cererea de intervenție depusă de SRL, prin care face referire, în principal, la solicitarea sa privind accesul neîngrădit la dosarul achiziției.

În acest sens, contestatorul arată că intervenientul citează trunchiat dispozițiile legale din materia achizițiilor publice care reglementează instituția confidențialității ofertei.

În fapt, caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală [art. 70 alin. (1) și art. 231 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, precum și art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016].

În considerarea textelor de lege invocate chiar de intervenient, însă cu luarea în considerare a tuturor condițiilor prevăzute de legiuitor, confidențialitatea se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite/probate ca fiind date cu caracter confidențial.

Atât timp cât intervenientul nu a dovedit, prin niciun mijloc de probă, confidențialitatea ofertei, contestatorul solicită accesul la dosarul achiziției în integralitate - inclusiv la propunerea tehnică/financiară a asocierii SRL.

În condițiile în care entitatea contractată a stabilit și decis în mod eronat că informațiile declarate de SRL sunt confidențiale, contestatorul solicită Consiliului să restabilească legalitatea permițând accesul la oferta contestată, în virtutea principiului transparenței, dreptului la un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și deciziilor interpretative ale CJUE care fac corp comun cu norma interpretată.

Prin adresa fără număr de înregistrare și dată de emitentă cu 02.02.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 5474/02.02.2023, ... SRL a înaintat note scrise ce

reflectă sinteza argumentelor din cererea de intervenție, în contextul răspunsului SRL din data de 25.01.2023 și a studiului dosarului cauzei.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa fără număr de înregistrare și nedată de emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 5868/06.02.2023, ... SRL a înaintat concluzii scrise, prin care reia, succint, motivele de nelegalitate privind actele emise de entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în dispută.

În plus, contestatorul reclamă evaluarea părtinitoare a entității contractante. În cazul ofertei sale, entitatea contractantă a dat dovadă de diligență și rol activ, acționând diferit în cazul ofertei declarate câștigătoare, în condițiile în care informațiile furnizate de aceasta, prin DUAЕ, erau simpliste, nicidecum la nivelul celor invocate de societatea SRL, și, în final, s-au dovedit și nesusținute, hotărârea invocată pentru probarea credibilității fiind anulată.

Pe de altă parte, contestatorul subliniază faptul că nu a contestat propunerea financiară a asocierii SRL, ci faptul că soluția tehnică propusă de ofertant nu este sustenabilă din perspectiva susținerilor acestuia, conform cărora activitatea se va desfășura, în principal, în timpul nopții, această abordare a execuției lucrărilor implicând o serie de măsuri organizatorice obligatorii referitoare la forța de muncă, dispozitive de iluminat, niciunul dintre aceste aspecte nefiind verificat/clarificat de entitatea contractantă nici din perspectivă tehnică și nici din punct de vedere financiar.

Prin adresa fără număr de înregistrare și nedată de emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 6098/07.02.2023, intervenientul SRL a transmis documente în susținerea cererii sale.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Având în vedere solicitarea adresată Consiliului de SRL de a studia dosarul nr. 10/2023, la sediul CNSC, și luând în considerare „Declarația cuprinzând informațiile considerate confidențiale în cadrul propunerii tehnice”, precum și „Declarația cuprinzând informațiile considerate confidențiale în cadrul propunerii financiare”, datate la 26.10.2022, depuse de asocieria SRL - SA - SA, Consiliul a efectuat următoarele demersuri, în vederea stabilirii documentelor ce vor fi puse la dispoziția contestatorului, pentru a fi studiate la sediul CNSC, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, prin adresa nr. 3999/10/C5/26.01.2023, Consiliul a solicitat SRL, următoarele:

«Având în vedere „Declarația cuprinzând informațiile considerate confidențiale în cadrul propunerii tehnice”, precum și „Declarația cuprinzând informațiile considerate confidențiale în cadrul propunerii financiare”, documente date la 26.10.2022, depuse de societatea dvs. în cadrul ofertei, în vederea soluționării contestației formulate de SRL, care formează obiectul dosarului nr. 10/2023, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă solicităm să ne comunicați temeiul juridic al încadrării acestor înscrisuri ca fiind confidențiale, să probați, respectiv, să prezentați dovada care conferă caracter de „confidențialitate” informațiilor indicate de dvs. ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”».

Prin adresa nr. 976/27.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 4408/27.01.2023, ... SRL a răspuns adresei CNSC nr. 3999/10/C5/26.01.2023, precizând că, în ceea ce privește solicitarea comunicării temeiului juridic și dovedirea caracterului confidențial al documentelor, respectiv a informațiilor indicate, documentele depuse în cadrul ofertei sale se bucură de caracterul de confidențialitate, pentru că:

- sunt indicate informații privind activitatea comercială;
- au fost depuse calculele, metodologiile de lucru, planurile și modelul financiar pe baza căruia a elaborat propunerea tehnică și financiară;
- este detaliată soluția tehnică optimă pentru realizarea proiectului, ce trebuie protejată de dreptul de confidențialitate;
- au fost indicate datele de identificare ale personalului propus, precum și experiența relevantă a acestora, inclusiv documente probatorii în acest sens.

În susținere, intervenientul invocă Decizia CNSC nr. 2526/C2/2658,2660 din data de 29.11.2022 și depune un set de înscrisuri.

În drept, intervenientul invocă dispozițiile art. 19 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv pe cele ale art. 70 și art. 231 alin. (6)

din Legea nr. 99/2016, ale art. 129 din HG nr. 394/2016 și ale art. 1 lit. b) din Legea nr. 11/1992.

În raport de prevederile legale în vigoare și argumentele prezentate de ofertantul clasat pe locul 1, Consiliul apreciază că, în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte, este relevantă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat:

"43 (...) în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

49 (...) protecția secretelor comerciale constituie un principiu general. (...)

51 (...) în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora. (...)

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora.

55 (...) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă."

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, dosarul achiziției sectoriale (al cărui conținut este prevăzut de art. 154 din HG nr. 394/2016), cu excepția vol. 9/36, vol. 12-36/36, integral, și a filelor 3486-3493, respectiv 4652-4656, din vol. 10/36, care cuprind propunerea tehnică, propunerea financiară și răspunsuri la solicitările de clarificări, ce conțin informații din propunerea tehnică și cea financiară depuse de asocierea

Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, nepermițând contestatorului, care a invocat caracterul confidențial al propunerilor sale tehnice și a celei financiare, accesul la documentele similare ale ofertantului câștigător, în această manieră fiind protejate drepturile ofertanților care au prezentat declarații privind confidențialitatea ofertelor.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Entitatea contractantă AEROPORTUL a inițiat, la 19.08.2022, o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul Reabilitarea și modernizarea infrastructurii aeroportuare”, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1046212.

Considerând nelegală decizia entității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de asocierea SRL - SA - SA, ofertantul clasat pe locul 2, asocierea SRL -, prin liderul SRL, a înaintat contestația de față, solicitând anularea comunicărilor privind rezultatul procedurii, a raportului procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii , sub aspectul admisibilității și conformității, în sensul declarării acestei oferte drept inadmisibilă și neconformă.

Consiliul reține și că SRL (lider al asocierii SRL - SA - SA) a formulat o cerere de intervenție, față de contestația înaintată de SRL, solicitând respingerea ei, ca neîntemeiată. Cererea de intervenție a fost depusă în data de, cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat contestația în SEAP, la data de 03.01.2023.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, în principiu, autoarea având interesul de a fi menținute actele entității contractante prin care a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire în discuție.

Văzând că intervenientul sprijină deciziile entității contractante, Consiliul consideră a fi accesorie cererea acestuia, potrivit art. 61 alin. (3) din Cod. proc. civ., iar analiza ei va continua în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Întrucât intervenientul invocă excepția nemotivării contestației, Consiliul o va analiza cu precădere. Intervenientul susține că SRL „nu probează și nu motivează corespunzător niciuna dintre susținerile

sale, nefiind, astfel, respectate (nici) dispozițiile art. 10 alin. (1) lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016”.

Consiliul constată că, în cuprinsul contestației, se regăsesc elemente ce țin de motivarea în fapt și în drept a contestației, precum și mijloacele de probă, ce permit soluționarea cauzei. Faptul că acestea nu sunt suficient de detaliate pentru toate criticile, nu conduce la anularea contestației. Dacă organismul administrativ-jurisdicțional ar fi considerat necesară completarea contestației cu elementele pretins a fi lipsă de către intervenient, ar fi transmis către SRL o solicitare, în acest sens, în temeiul art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția nemotivării contestației, invocată de intervenient.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1 din 04.01.2023, emisă de Raiffeisen Bank, în sumă de 2.000.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

1. În continuare, Consiliul procedează la analiza pe fond a presupusului motiv de respingere a ofertei asocierii, în temeiul art. 180 alin. 1 lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016, întrucât *„în cazul asociatului există documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022, în care se consemnează atât caracterul grav și repetat al încălcării obligațiilor contractuale, cât și aplicarea sancțiunii încetării anticipate a contractului”*.

Consiliul ia act de faptul că SA a menționat în DUAЕ, la cerința *„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”*, următoarele:

„Răspunsul dumneavoastră?

Precizăm faptul că SA deține un document constatator cu nr. 92/41898/26.05.2022 emis de către SA care, din punctul nostru de vedere, nu îndeplinește condițiile pentru a fi calificat ca și document constatator negativ din partea autorităților contractante conform prevederilor art. 167 alin. 1 din Legea nr. 98/2016.

Acest document constatator a fost contestat în instanță, pe rolul instanțelor de judecată regăsindu-se o acțiune în vederea suspendării efectelor acestui document (dos. nr. 1894/111/2022 al Tribunalului Bihor). Totodată, societatea a demarat procedura în vederea anularii documentului constatator în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, sens în care a depus plângerea prealabilă, procedura obligatorie și premergătoare formulării acțiunii în anularea documentului constatator antemenționat.

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

DA

Descriere: Am contestat documentul emis. În data de 28.09.2022, Tribunalul Bihor a suspendat Documentul Constatator.

Prezentăm soluția pe scurt:

Complet: Comercial C.09. - Miercuri

Tip soluție: Admite cererea

Soluția pe scurt: Admite cererea formulată de reclamantele – membre ale asocierii – formate din SA, VAHOSTAV – SK, a.s., ...SA, DRUM ASFALT SRL, EAST WATER DRILLINGS SRL în contradictoriu cu pârâta COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. Dispune suspendarea efectelor documentului constatator înregistrat la sub nr. 92/41898 din data de 26.05.2022 până la soluționarea de către instanță de judecată a cererii de anulare a adresei nr. 92/37424/12.05.2022 privind măsura rezilierii contractului nr. 92/50965/11.08.2020. Cu apel în 10 zile de la comunicare. Apelul se va depune la Tribunalul Bihor. Pronunțată în condițiile art. 396 alin. 2 C.pr.civ., azi 28 septembrie 2022. Document: Hotărâre 180/2022 28.09.2022.”

Documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 a fost emis ca urmare a rezilierii contractului nr. 92/50965/11.08.20020, încheiat de SA și Asocierea SA - Vahostav SK, a.s. - S.A. - Drumuri Asfalt S.R.L. - East Water Drillings S.R.L. („Asocierea”), pentru următoarele motive:

1. Proiectare

Antreprenorul nu a reușit să finalizeze activitatea de proiectare, având în vedere că documentațiile tehnice elaborate de către acesta nu respecta prevederile contractuale. (...)

Beneficiarul a transmis Antreprenorului Înștiințarea de reziliere, în baza următoarelor considerente: (...)

- neîndeplinirea de către constructor (antreprenor) a indicatorilor prevăzuți la Punctele de Referință numărul 2 și numărul 3;
- proiectul Tehnic elaborat de către antreprenor nu respectă prevederile contractuale și legale în vigoare, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor contractuale asumate de către antreprenor;
- incapacitatea antreprenorului de a furniza o documentație de proiectare în termenii contractuali și în conformitate cu cerințele beneficiarului (.....);
- antreprenorul exclude varianta de continuare a contractului și de finalizare a execuției lucrărilor în valoarea de contract acceptată;
- neîndeplinirea de către antreprenor a obligațiilor din Înștiințarea de remediere emisă de către Inginer conform sub-clauzei 15.1 din Condițiile Speciale de Contract și transmisă prin adresa BO3C2/21.0021/29.04.2021; (...)

. întârzierile majore, nejustificate și care exclud orice culpă a beneficiarului în îndeplinirea de către antreprenor a obligațiilor contractuale. Antreprenorul a dovedit incapacitatea de a continua, respectiv de a finaliza obiectivul prevăzut de contract, aspect care reprezintă, în mod vădit, neîndeplinirea unor obligații contractuale semnificative și esențiale, cât și atitudinea beneficiarului, care, deși ar fi putut da eficiență instrumentului rezilierii la un moment anterior, a dovedit bună-credință și a acordat antreprenorului prorogări

2. Execuția lucrărilor

Execuția lucrărilor nu a început, având în vedere că activitatea de proiectare nu a fost finalizată.

Consiliul ia act de faptul că litigiul privitor la anularea acestui document constatatator nu a fost finalizat, având termen de judecată la Tribunalul în 21.03.2023 (nr. dosar 22368/3/2022*).

Potrivit dispozițiilor art. 161 alin. (5) din HG nr. 99/2016: „Documentele constatatoare emise de entitatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.”

Consiliul constată că nu se poate pune în discuție excluderea unui operator economic în baza unui act administrativ contestat în instanță și față de care nu a fost pronunțată o hotărâre definitivă. Documentul constatatator contestat, aflat într-o astfel de situație, nu poate produce efecte juridice.

Tocmai pentru că nu există o decizie definitivă privitoare la documentul constatatator în discuție, ... nici nu a publicat acest document în SEAP, astfel încât acesta nu produce efecte juridice față de terți.

Menționarea de către SA, în DUAE, a documentului constatatator reprezintă o informare transparentă a actualului achizitor, privitor la incidentele contractuale din activitatea proprie. În niciun caz o astfel de mențiune nu poate fi considerată o recunoaștere a vreunei abateri grave de care s-ar face vinovat.

Demn de reținut este și faptul că SRL a menționat în DUAE că, pentru contractul nr. 775/2010, încheiat între și asocierea SRL-..... AG-..... SRL – SRL, entitatea publică a emis documentul constatatator nr. 2600/2021, în care sunt înscrise prejudicii, pentru rezilierea contractului, din cauza nepredării la termen a documentației tehnice (proiect tehnic), a avizelor/acordurilor aferente.

Deși contestatorul susține că entitatea contractantă nu a respectat principiul tratamentului egal, Consiliul observă contrariul, comisia de evaluare analizând similar, congruent, cele două situații izvorâte din

documentele constatatoare, emise de, și regăsite în DUAЕ-urile ofertanților.

În consecință, sub acest aspect, critica se dovedește a fi neîntemeiată.

Pe de altă parte, din cuprinsul documentului constatator se observă că rezilierea a intervenit din cauza nefinalizării activității de proiectare.

Conform acordului de asociere, responsabilitatea activității de proiectare revenea asociatului East Water Drillings SRL, iar asociatul SA a fost implicat în executarea lucrărilor. La art. 8.1 din acordul de asociere se prevăd următoarele: „*Fiecare Parte va suporta risitul tuturor pierderilor sau daunelor rezultate exclusiv din fracțiunea pe care o execută din Contractul Principal*”.

Astfel, ...SA era responsabil pentru partea de lucrări pe care ar fi trebuit să o îndeplinească (dar care nici nu a început), nu pentru partea de proiectare.

Potrivit art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016: „*Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancțiuni comparabile*”.

Pentru a considera că asociatului SA îi sunt aplicabile dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege, ar fi trebuit să se identifice obligația contractuală neîndeplinită. Or, în documentul constatator emis de se arată, explicit, că nu a fost finalizată activitatea de proiectare, iar „*execuția lucrărilor nu a început, având în vedere că activitatea de proiectare nu a fost finalizată*”.

Relevantă în acest sens este Hotărârea CJUE din 26.01.2023, în cauza C-682/21:

„48 Atunci când contractul respectiv a fost atribuit unui grup de operatori economici ale căror contribuții individuale la aceste deficiențe și la eventualele eforturi făcute pentru a le remedia nu sunt în mod necesar identice, o asemenea prezumție trebuie să fie refragabilă, în caz contrar existând riscul de a aduce atingere caracteristicilor esențiale ale acestui motiv facultativ de excludere și principiului proporționalității amintit la articolul 18 alineatul (1) din această directivă.

49 Astfel, independent de răspunderea juridică solidară a membrilor unui asemenea grup, aplicarea motivului facultativ de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 trebuie să se întemeieze pe caracterul necorespunzător sau neglijent al acestui comportament individual.

50 Prin urmare, într-o situație precum cea în discuție în litigiul principal, fiecare membru al grupului, responsabil de iure pentru buna executare a unui contract de achiziții publice, trebuie, înainte de a fi înscris pe lista furnizorilor nefiabili și de a fi supus, pentru acest motiv, regimului de excludere temporară de la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, să aibă posibilitatea de a stabili că deficiențele care au condus la rezilierea acestui contract nu aveau legătură cu comportamentul său individual. Atunci când se dovedește, în urma unei aprecieri concrete și individualizate a comportamentului operatorului vizat în lumina tuturor elementelor relevante, că acesta nu se afla la originea deficiențelor constatate și că nu i se putea cere în mod rezonabil să facă mai mult decât a făcut pentru a remedia aceste deficiențe, Directiva 2014/24 se opune înscrierii sale pe lista furnizorilor nefiabili (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C 927/19, EU:C:2021:700, punctele 157 și 158).

51 Această interpretare nu este infirmată de posibilitatea operatorului vizat de a evita excluderea participării la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice demonstrând, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, că a adoptat măsuri corective, precum cele enumerate în mod ilustrativ în considerentul (102) al acestei directive. Astfel, nu se poate impune unui asemenea operator să demonstreze că a adoptat măsuri corective chiar dacă comportamentul său individual nu are legătură cu deficiențele care au condus la rezilierea contractului.”

Art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 cuprinde excepții de la motivul de excludere a unui operator economic, dacă acesta furnizează „dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”. Astfel, măsura de excludere reclamată de contestator nu poate opera automat, operatorul având dreptul de a prezenta dovezi ale credibilității sale.

În consecință, existența documentului constatatator emis de, pe numele asocierii, din care a făcut parte și SA, nu constituie un motiv de excludere a acestui operator economic, din prezenta procedură de atribuire, în sensul prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă, în virtutea principiului proporționalității, are obligația realizării unei aprecieri corecte a comportamentului operatorului în cauză, pe baza tuturor informațiilor relevante, indiferent de soluția adoptată de, Faptul că o altă entitate publică a reziliat un contract, la care a participat și operatorul economic în cauză, nu înseamnă că actualul achizitor are obligația eliminării lui din competiție. Revine acesteia să realizeze propria analiză asupra conduitei operatorului economic și să stabilească dacă îi acordă încredere în procedura pe care o derulează.

În acest sens, demnă de luat în seamă este Hotărârea CJUE, în cauza C 267/18 din 03.01.2019 (Delta Antrepriză de Construcții și

Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA):

„27 Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28 Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29 Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”.

În prezenta cauză, entitatea contractantă, în urma propriei evaluări (în care a luat în considerare documentul constatator, Hotărârea nr. 180/2022 din 28.09.2022, precum și recursul formulat de), a stabilit că asociatul SA nu se află în situația de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, pentru toate cele de mai sus, Consiliul constată că evaluarea ofertei asocierii, sub acest aspect, a fost realizată în mod corect, nefiind motive de aplicare a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

2. Având în vedere cele de mai sus, respectiv faptul că nu sunt incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, aplicarea lit. h) a aceluiași articol nu intră în discuție.

În plus, văzând că entitatea contractantă a fost informată asupra litigiului ce are ca subiect documentul constatator nr.

92/41898/26.05.2022, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată, cea de a doua critică, privitoare la nedeclararea, de către asocierea (în răspunsul aferent solicitării documentelor care au stat la baza întocmirii DUAЕ), a faptului că, la data de 15.12.2022, Curtea de Apel Oradea a pronunțat Hotărârea nr. 172/13.12.2022, prin care a casat Hotărârea nr. 180/2022 din 28.09.2022 (referitoare la suspendarea efectelor documentului constatatator emis de), respectiv faptul că SA a omis să declare în DUAЕ, la data depunerii ofertei – 31.10.2022, că emitentul actului contestat, ..., a formulat recurs împotriva Hotărârii nr. 180/2022 din 28.09.2022, încă din data de 11.10.2022.

3. *Relativ la critica „Entitatea contractantă avea obligația excluderii din procedură a ofertantului Asocierea în temeiul dispozițiilor art. 149 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 coroborate cu prevederile art. 180 lit. e) și f) din Legea nr. 99/2016”, Consiliul reține următoarele:*

Contestatorul arată că, deoarece studiul de fezabilitate a fost elaborat de proiectantul SA, iar în ofertare a participat SA (cei doi operatori economici având acționari comuni și același sediu social), asocierea a generat un conflict de interese, a distorsionat concurența.

În acest sens, invocă dispozițiile art. 72 și pe cele ale art. 149 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, subliniind că distorsionarea concurenței, respectiv conflictul de interese, a fost cauzată/cauzat de presupusa calitate de „furnizor al serviciilor de achiziție” a proiectantului, care a contribuit la „pregătirea procedurii de atribuire”, și, totodată, a depus ofertă, prin intermediul SA.

Consiliu reține, ca relevante în soluționarea criticii, dispozițiile art. 72 din Legea nr. 99/2016: *„În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care personalul entității contractante sau al unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele entității contractante care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea sau independența lor în contextul procedurii de atribuire”.*

În primul rând, trebuie remarcat faptul că, la procedura de atribuire contestată, nu a participat SA, ci SA. Faptul că cei doi operatori au acționari comuni, nu înseamnă că SA a generat un conflict de interese, că a fost distorsionată concurența, iar oferta asocierii ar trebui respinsă.

În al doilea rând, proiectantul SA nu are calitatea de furnizor servicii de achiziții, cum pretinde contestatorul.

Conform definiției de la art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016: *„activități de achiziție auxiliare - activități care constau în furnizarea de*

asistență și suport pentru activitățile de achiziție, respectiv în una dintre următoarele forme:

(i) infrastructură tehnică care să permită entităților contractante atribuirea de contracte sectoriale sau încheierea de acorduri-cadru pentru lucrări, produse sau servicii;

(ii) asistență și consiliere cu privire la desfășurarea sau structurarea procedurilor de achiziție sectorială;

(iii) pregătirea și administrarea procedurilor de achiziție sectorială în numele și în beneficiul entităților contractante în cauză”.

În temeiul art. 2 alin. (1) și (6) din HG nr. 394/2016, furnizorul serviciilor auxiliare achiziției sprijină compartimentul de achiziție al autorității contractante:

„(1) În vederea realizării achizițiilor sectoriale, entitatea contractantă înființează în condițiile legii un compartiment intern specializat în domeniul achizițiilor sectoriale, format, de regulă, din minimum trei persoane, dintre care cel puțin două treimi având studii superioare, precum și specializări în domeniul achizițiilor.

(6) În aplicarea prevederilor prezentului articol, entitatea contractantă are, totodată, dreptul de a achiziționa servicii de consultanță, denumite în continuare servicii auxiliare achiziției, în vederea sprijinirii activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor sectoriale, precum și pentru elaborarea documentelor/documentațiilor necesare parcurgerii etapelor procesului de achiziție sectorială și/sau pentru implementarea unor programe de prevenire/diminuare a riscurilor în achizițiile sectoriale, vizând toate etapele de la planificarea/pregătirea procesului, organizarea/aplicarea procedurii de atribuire și până la executarea/monitorizarea implementării contractului de achiziție sectorial/acordului-cadru, inclusiv în raport cu activitatea comisiei de evaluare și/sau soluționarea contestațiilor”.

Or, ... SA a realizat studiul de fezabilitate și nu activități de sprijinire a compartimentului intern specializat și nici elaborarea de documente necesare parcurgerii etapelor procesului de achiziție.

În consecință, nu sunt aplicabile prevederile art. 72 din Legea nr. 99/2016, întrucât SA nu are calitatea de furnizor de servicii de achiziții, așa cum subliniază contestatorul.

Pe de altă parte, nici SA, dar nici SA nu se încadrează în situațiile potențiale generatoare de conflict de interese, prevăzute la art. 73 din Legea nr. 99/2016.

În cazul în care entitatea contractantă sesizează o situație potențial generatoare de conflict de interese, trebuie „să întreprindă orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese”, conform art. 75 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Așadar, potențialul conflict de interese nu conduce la respingerea automată a ofertantului respectiv.

Consiliul constată că, în timpul procesului de evaluare, entitatea contractantă a avut un rol activ, solicitând Agenției Naționale de Achiziții Publice (ANAP), în 25.11.2022, un punct de vedere în această problemă: „Întrebare: Experții cheie desemnați din cadrul unui prestator, care a elaborat studiu de fezabilitate, studiu cost-beneficiu (ACB) pentru depunerea cererii de finanțare europeană-POIM, în baza unui contract sectorial de servicii încheiat cu entitatea contractantă, pot fi desemnați și în cadrul unei asocieri care participă la o procedură de atribuire a unui contract sectorial de lucrări de tip proiectare și execuție având la bază documentele elaborate de către prestator, precizat anterior?”

În 22.12.2022, ANAP a comunicat următorul „Răspuns: Referitor la solicitarea dvs., precizăm că art. 72 din Legea nr. 99/2016 definește conflictul de interese ca fiind «orice situație în care membrii personalului entității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele entității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire». La art. 73 alin. (1) din lege sunt prezentate, cu titlu de exemplu, câteva dintre situațiile potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 72, situația prezentată în adresa dumneavoastră neregăsindu-se printre acestea. Pe de altă parte, precizăm că exemplele enumerate de art. 73 alin. (1) din lege nu sunt limitative, entitatea contractanta având obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese. În continuare, potrivit art. 180 alin. (1) lit. f) din aceeași lege, entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acord-cadru un operator economic dacă participarea sa anterioară la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar aceasta situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe. Totodată, în conformitate cu art. 149 alin. (1) din lege, în situația în care un ofertant sau o entitate care are legături cu un ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări entității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor pieței sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, entitatea contractanta ia toate măsurile necesare pentru a se asigura ca participarea respectivului candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența. Astfel, având în vedere inclusiv jurisprudența Curții Europene de Justiție, prevederile art. 180 alin (1) lit. f) din lege, anterior menționat, pot deveni incidente numai în măsura în care autoritatea contractantă poate demonstra că participarea anterioara a operatorului economic în cauză la elaborarea studiului de fezabilitate este de natură a distorsiona concurența, întrucât societatea în cauză se află în posesia unor informații pe care ceilalți participanți la procedura nu le cunosteau, cât și faptul că deținerea acestor informații ar crea un avantaj inițial, menit să conducă din start la defavorizarea celorlalți operatori economici. Așadar, din prevederile legale amintite mai sus, reiese că, în situația prezentată de dvs, în

care experții cheie desemnați din cadrul unui prestator, care au elaborat studiu de fezabilitate, studiu cost-beneficiu (ACB) pentru depunerea cererii de finanțare europeană-POIM, în baza unui contract sectorial de servicii încheiat cu entitatea contractantă, sunt desemnați și în cadrul unei asocieri care participă la o procedură de atribuire a unui contract sectorial de lucrări de tip proiectare și execuție având la baza documentele elaborate de către prestator, precizat anterior, nu reprezintă automat o situație generatoare de conflict de interese din perspectiva legislației în domeniul achizițiilor publice, însă entitatea contractantă are obligația de a se asigura, prin luarea tuturor măsurilor necesare în acest sens, că aceasta nu este de natură a denatura concurența în cadrul procedurilor respective. În subsidiar, precizăm că, în conformitate cu principiul asumării răspunderii, modul de atribuire a contractului de achiziție sectorială, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, intră în responsabilitatea exclusivă a entității contractante”.

Așadar, nefiind incident niciun conflict de interese, critica se dovedește neîntemeiată.

Neîntemeiată se dovedește și critica privind presupusa distorsionare a concurenței, prin „avantajele” de care ar fi beneficiat asocierea

Contestatorul susține că asocierea a fost avantajată prin diverse moduri, cum ar fi:

- „a avut acces, prin asociatul UTI Construction and Facility Management, la informații care nu au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici și care au denaturat concurența având un impact semnificativ asupra rezultatului procedurii”, nu au fost publicate în SEAP listele de cantități/specificațiile complete ale echipamentelor, listele de cantități de lucrări;

- a deținut documentele în format editabil (partea scrisă, detaliile, planșele și schițele proiectului);

- i s-a acordat timp suplimentar pentru vizitarea amplasamentului

Sub aceste aspecte, Consiliul constată netemeinicia criticii, întrucât:

- împotriva documentației de atribuire nu a fost formulată nicio contestație, în termenul stabilit de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- oferta contestatorului a fost declarată admisibilă, deci acesta nu a fost împiedicat să elaboreze o ofertă corectă și completă, pe baza documentației de atribuire publicată în SEAP (cu toate clarificările ei);

- nu există nicio solicitare de furnizare a documentelor în format editabil;

- contestatorul, în perioada de pregătire a ofertei, nu a formulat nicio cerere de prelungire a timpului de vizitare a amplasamentului.

Cât privește susținerea că nu au fost publicate listele de cantități pentru toate tipurile de lucrări (liste la care ar fi avut acces asocierea), aceasta nu poate fi validată de Consiliu, întrucât ele urmează a fi elaborate de câștigătorul prezentei proceduri de atribuire.

Consiliul reține că ofertanții, implicit și contestatorul, au fost informați că listele de cantități se vor realiza de către câștigătorul procedurii de atribuire. Această problemă a fost clarificată de achizitor prin răspunsul consolidat nr. 3227/30.09.2022:

„Întrebare 26: În cuprinsul documentației de atribuire (Documentația tehnică, Caiet de sarcini, Fișa de date, Formulare, Anexe etc.) NU se regăsește Devizul General și Devizul pe obiect, așa cum este prevăzut în HG 907/2016. Vă rugăm să anexați la Documentația de atribuire Devizul General și Devizul pe obiect, aferente investiției.

Răspuns 26: Conform caietului de sarcini, pagina 53: «Valoarea estimată scoasă la licitație în conformitate cu liniile bugetare din proiect este orientativă și nu limitativă», iar ofertantul trebuie să-și evalueze preturile astfel încât prețul total al ofertei să acopere toate obligațiile contractantului menționate în proiect (SF), sau care reies din documentele licitației pentru întreg ansamblul lucrărilor descrise în documentație. Ofertantul este responsabil atât pentru prestarea serviciilor de proiectare (elaborarea documentației tehnice și a detaliilor de execuție atât pentru lucrările permanente cât și provizorii), cât și pentru lucrările de construcție (permanente, respectiv provizorii) pe baza cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, respectiv documentația de atribuire.

Ofertanții au libertatea de a-și prevedea propriile consumuri specifice de resurse, metodologii de execuție a lucrărilor, cu condiția respectării cerințelor cantitative și calitative prevăzute în caietul de sarcini/actele normative în vigoare care reglementează proiectarea și execuția respectivelor lucrări.

Cantitățile reale vor fi stabilite de ofertantul câștigător prin proiectul tehnic și pot suferi variații pozitive/negative, cu justificarea de către proiectant a acestora, cu aprobarea entității contractante și cu încadrarea în propunerea financiară declarată câștigătoare, respectiv în valoarea estimată a contractului.

Listele cu cantități de lucrări ce vor cuprinde cuantificarea valorică a lucrărilor, prezentată prin formularele F1-F5 (în conformitate cu prevederile pct. V din anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016) , se vor întocmi în faza de proiectare, după semnarea contractului de ofertantul câștigător”.

Astfel, criticile aduse documentației de atribuire după deschiderea ofertelor se dovedesc a fi tardive.

Pe de altă parte, a susține că, prin documentația de atribuire a contractului, ce are ca obiect proiectarea și execuția unor lucrări, ar fi trebuit publicate listele de cantități pentru toate tipurile de lucrări, denotă o abatere de la regulile de întocmire a proiectului tehnic (prezentate în HG nr. 907/2016), dar și o nesocotire a prezentului caiet de sarcini.

Conform art. 1 alin. (2) din HG nr. 907/2016: „Documentațiile prevăzute la alin. (1) se elaborează, pe etape, astfel:

a) în etapa I:

(i) nota conceptuală;

(ii) tema de proiectare;

b) în etapa a II-a:

(i) studiul de prefezabilitate, după caz;

(ii) studiul de fezabilitate sau documentația de avizare a lucrărilor de intervenții, după caz;

c) în etapa a III-a:

(i) proiect pentru autorizarea/desființarea executării lucrărilor;

d) în etapa a IV-a:

(i) proiectul tehnic de execuție."

Astfel, listele de cantități se stabilesc prin proiectul tehnic, la întocmirea studiului de fezabilitate neexistând aceste informații (a se vedea art. 7 alin. (1) din HG nr. 907/2016: „*Studiul de fezabilitate este documentația tehnico-economică prin care proiectantul, fără a se limita la datele și informațiile cuprinse în nota conceptuală și în tema de proiectare și, după caz, în studiul de prefezabilitate, analizează, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții*”).

Parcursul acestor etape este specificată chiar prin contestație: „*Elaborarea unui studiu de fezabilitate (documentul care va sta la baza elaborării proiectului tehnic) presupune vizite repetate la fața locului*”.

Eventuala existență a listelor de cantități pentru toate tipurile de lucrări ar fi demonstrat că proiectului tehnic a fost deja întocmit, ceea ce ar fi însemnat că procedura actuală de atribuire nu poate cuprinde un obiect de contract deja atribuit-componenta de proiectare. Călea firească, în această ipoteză, ar fi fost anularea procedurii de atribuire, întrucât ar fi trebuit eliminată partea de proiectare (cu modificarea caietului de sarcini, a valorii estimate etc.). Or, contestatorul nu a solicitat anularea procedurii de atribuire, ci a depus o ofertă care a fost declarată admisibilă, ceea ce dovedește că acesta a înțeles foarte bine că, pentru întocmirea ofertei, în prezenta procedură de atribuire, nu sunt necesare aceste liste. Drept pentru care critica este nefondată.

4. Referitor la solicitarea de obligare a entității contractante la „*respingerea ofertei Asocierii, ca neconformă, având în vedere incompatibilitatea/conflictul de interese între calitatea de prestator de servicii de proiectare și cea de verficator de proiect*”, Consiliul constată următoarele:

Potrivit susținerile contestatorului, activitatea de verificare a proiectului s-ar putea desfășura doar printr-un acord de subcontractare, iar „*Asocierea a propus verficatori de proiect care pun la îndoială independența acestora necesară exercitării activităților, deoarece aceștia se află în relații de subordonare cu ofertantul, situație de natură a demonstra/proba că acesta exercită un control asupra verficatorilor*”.

Consiliul consideră a fi relevante în soluționarea criticii prevederile stabilite prin art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995: „*Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la*

cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verifcatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”.

Conform prevederilor mai sus citate, verificatorul nu poate verifica proiecte pe care le-a întocmit/verificat sau pentru care a elaborat rapoarte de expertiză tehnică. În caz contrar, conflictul de interese este evident, din cauza nerespectării interdicțiilor stabilite de legiuitor.

În modelul de contract, la clauza 19.2 alin. (2) este stipulat că *„Antreprenorul va transmite Supervizorului documentația aferenta proiectului, verificată de către un verificator autorizat angajat de către Antreprenor”.*

Această clauză reprezintă o aplicare a prevederilor din HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice/Anexa 2 Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări din 10.01.2018:

„19.2. Prevederile definite în continuare în prezenta subclauză se aplică pentru orice fază sau element de proiectare elaborat de către Antreprenor. Antreprenorul va transmite Supervizorului documentația aferentă proiectului, verificată de către un verificator autorizat angajat de către Antreprenor, împreună cu o declarație privind conformitatea proiectului elaborat de el cu (i) caracteristicile imperative stabilite în Cerințele Beneficiarului, (ii) celelalte prevederi ale Cerințelor Beneficiarului și (iii) proiectul sau schița de proiect din Oferta tehnică.”

Această clauză contractuală nu a fost modificată de achizitor nici prin clarificări aduse documentației de atribuire, nici prin vreo contestație.

Prin documentația de atribuire, entitatea contractantă nu a impus ca verificatorul de proiect să fie angajat de antreprenor doar în baza unui acord de subcontractare.

Așadar, prin clauza contractuală 19.2 alin. (2), achizitorul a arătat că între antreprenor (respectiv, ofertant) și verificator trebuie să existe un angajament (indiferent de natura lui, putând fi și un contract de prestări servicii), dar cu respectarea independenței verificatorului și a inexistenței vreunei incompatibilități, așa cum s-a arătat prin caietul de sarcini și cum prevede Legea nr. 10/1995.

Critica privește strict relația juridică dintre verificator și ofertant, contestatorul apreciind că orice verificator de proiect, care încheie un angajament cu ofertantul proiectant, se află într-o situație de incompatibilitate/generează un conflict de interese, întrucât primul s-ar afla în subordinea celui de al doilea.

În dezacord cu susținerile contestatorului, Consiliul apreciază că verificatorul tehnic de proiect furnizează servicii ofertanților. Această activitate intră în categoria serviciilor conexe obiectului contractului, servicii ce rezultă din legi specifice, și, de aceea, asocierea criticată, nu avea obligația de a-l declara subcontractant.

Atâta timp cât legislația specifică din domeniul construcțiilor (HG nr. 1/2018) stabilește că între verificatorul de proiect și antreprenor trebuie să existe un angajament, fără a impune o anumită relație juridică, nu se poate cere ofertantului să presteze aceste servicii doar prin subcontractare.

O eventuală nominalizarea a unui subcontractant ar fi intervenit dacă ofertantul s-ar fi bazat pe capacitățile tehnice și profesionale ale acestuia. Dar și într-o astfel de situație, CJUE a arătat, în Hotărârea CJUE din data de 26.01.2023, în cauza C 403/21 (SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș), că un ofertant nu poate fi exclus dintr-o procedură de atribuire pentru că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale:

„72 În ipoteza în care obligațiile care decurg din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției ar constitui efectiv criterii de selecție, în sensul articolului 58 din Directiva 2014/24, este suficient să se amintească faptul că articolul 63 alineatul (1) din această directivă conferă oricărui operator economic un drept de a recurge, pentru un anumit contract, la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea, pentru a satisface diferitele categorii de criterii de selecție enumerate la articolul 58 alineatul (1) din directiva menționată și concretizate la alineatele (2)-(4) ale aceluiași articol (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33, precum și Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C 927/19, EU:C:2021:700, punctul 150).

73 Pe de altă parte, reiese cu claritate din ultima teză a articolului 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 că, atunci când un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, este suficient ca acesta să dovedească autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.

74 În consecință, este evident că subcontractarea nu constituie decât una dintre modalitățile prin care un operator economic poate recurge la capacitățile altor entități și că, prin urmare, aceasta nu îi poate fi impusă de autoritatea contractantă.

75 Având în vedere considerațiile care precedă, este necesar să se răspundă la a treia întrebare litera a) că articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat

subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției”

Analizând propunerea tehnică a asocierii câștigătoare, Consiliul observă că niciunul dintre verficatorii nominalizați nu se regăsește în echipa de proiectare (a se vedea pag. 4-7 din *Anexa 3 personal 1/Personal utilizat pentru realizarea sarcinilor și organizarea acestuia*). De altfel, echipa de verficatori se regăsește și în procesul-verbal nr. 4150/30.11.2022, iar contestatorul (deși a studiat dosarul cauzei la CNSC) nu a indicat, pe calea concluziilor scrise, acei verficatori care ar fi și în echipa de proiectare. Mai mult, contestatorul susține că „verficatorii de proiect pun la îndoială independența” lor, ceea ce dovedește caracterul speculativ al criticii cu caracter general, fără a fi probată.

Prin caietul de sarcini, achizitorul a transpus interdicțiile prevăzute de Legea nr. 10/1995: „Contractantul are obligația de a se asigura că toți experții trebuie să fie independenți și să nu se afle în niciun fel de situație de incompatibilitate cu responsabilitățile acordate lor și/sau cu activitățile pe care le vor desfășura în cadrul contractului. În plus, pe toată durata de implementare a contractului, contractantul are obligația să ia toate măsurile necesare pentru a preveni orice situație de natură să compromită realizarea cu imparțialitate și obiectivitatea activităților desfășurate pentru realizarea obiectivelor asociate contractului”.

Însă, contestatorul nu a demonstrat că verficatorul va fi aceeași persoană cu cea care va întocmi proiectul și nici modul concret în care s-ar genera conflictul de interese.

Totodată, trebuie reținut faptul că nici prin Legea nr. 10/1995, dar nici prin caietul de sarcini nu s-a impus un anumit tip de angajament între verficator și proiectant, ci se atrage atenția doar asupra cazurilor de incompatibilitate a derulării contractantului, adică verficatorul, care acționează independent, să nu fi participat la întocmirea proiectului.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 233 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, permit contractantului (oferantului câștigător) să implice noi subcontractanți, pe durata executării contractului.

Faptul că în oferta sa contestatorul a nominalizat subcontractanți pentru rolul de verficatori de proiect, nu înseamnă că și ceilalți ofertanți trebuiau să abordeze aceeași modalitate de întocmire a propunerilor tehnice.

În concluzie, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată această critică.

5. Referitor la punctajul maxim acordat asocierii câștigătoare, pentru *factorul de evaluare „Durata de imobilizare a activităților operaționale pe pista existentă pe perioada de execuție a lucrărilor în condițiile obținerii pierderilor economice cele mai mici pentru entitatea contractantă”*, Consiliul reține că, printre obiectivele contractului supus atribuire, se află și reabilitarea pistei de decolare/aterizare existente, care are o „lungime

de 2500 m, 48 m lățime portantă (dale 4m x 3m) și două acostamente de 6 m lățime fiecare (dale 4m x 3m)".

Unul dintre subfactorii de evaluare îl constituie „Durata de imobilizare a activităților operaționale pe pista existentă pe perioada de execuție a lucrărilor în condițiile obținerii pierderilor economice cele mai mici pentru entitatea contractantă”, cu următorul algoritm de calcul:

„Ofertantul care a prezentat cea mai scurtă durată de imobilizare a activităților operaționale pe pista existentă «Tmin» va primi punctajul maxim «Pmax» acordat pentru acest criteriu.

Punctajele pentru celelalte oferte punctajul «Pi» se va acorda in raport cu oferta care prezentat cea mai scurta durata de imobilizare a activităților pe pista existentă, astfel:

$$P_i = (T_{min} / T_i) \times 20$$

În care «Ti» reprezintă durata prezentată de ofertantul «i»”.

Contestatorul reclamă faptul că asocierea a oferat „0” zile pentru „Durata de imobilizare a activităților operaționale (...)”, primind 20 de puncte, în condițiile în care el a oferat 19 zile. Contestatorul susține că nu se poate asigura o lungime funcțională minimă a pistei de decolare-aterizare, de 1.800 ml, fără nicio zi de închidere a pistei.

În esență, acesta arată că ar fi necesară cel puțin o zi de închidere a pistei, însă planul de execuție propus de asocierea este nesustenabil, iar lucrările nu pot fi realizate conform normelor tehnice aplicabile.

Consiliul reține că justificarea utilizării acestui subfactor de evaluare se regăsește în răspunsul consolidat nr. 3227/30.09.2022/Răspuns 27: „Entitatea contractantă nu a menționat dacă lucrările se vor desfășura sub trafic sau nu, însă obiectivul EC este sa imobilizeze activitatea operațională pe o perioada cât mai scurtă.

Din acest considerent, EC a stabilit un factor de evaluare care punctează ofertantul care propune o soluție de etapizare a lucrărilor care imobilizează cel mai puțin activitatea operațională a aeroportului. În concluzie, este la latitudinea constructorului să identifice o soluție de etapizare a lucrărilor și să determine perioada de imobilizare în funcție de propria etapizare și tehnologia de execuție propusă. În funcție de aceasta etapizare, constructorul își va dimensiona și cheltuielile aferente.”

Conform documentației de atribuire, achizitorul va acorda punctaj maxim ofertei care propune cel mai mic număr de zile, perioadă în care activitatea operațională a aeroportului va fi imobilizată. Totodată, a lăsat operatorilor economici libertatea de a propune soluția/planul de lucru, astfel încât, în perioada de imobilizare pierderile economice să fie minime.

Din cuprinsul propunerii tehnice depusă de asocierea (pag. 85-93), Consiliul reține (concordant cu cele declarate de intervenient în

cererea sa) că acesta a stabilit, în cadrul tehnologiei de execuție propuse, că va realiza lucrările etapizat, pe tronsoane de mici dimensiuni, în fiecare noapte și în weekend, în afara orelor când traficul aerian este deschis, [programul de funcționare al aeroportului fiind de luni până vineri în intervalul orar 05:00 (UTC) - 17:00 (UTC), sâmbătă în intervalul orar 04:00 (UTC) - 16:00 (UTC), iar duminica închis], ofertantul având la dispoziție:

- un interval de 12 ore în nopțile de luni, marți, miercuri și joi;
- un interval de 11 ore în noaptea de vineri spre sâmbătă;
- un interval de 37 ore de sâmbătă după-amiază până luni dimineață.

Intervalele orare disponibile pentru executarea lucrărilor au fost comunicate operatorilor economici prin intermediul răspunsului consolidat nr. 3227/30.09.2022/*Răspuns 81*, unde se prezintă planul de trafic specific aeroportului.

www.aisro.ro
[www.aisro.ro/AIP Romania/AD/AD 2 Aerodromes/AD2 12 LRSM SATU MARE/AD2](http://www.aisro.ro/AIP_Romania/AD/AD_2_Aerodromes/AD2_12_LRSM_SATU_MARE/AD2) De asemenea, informații privind intervalele orare în care aeroportul este deschis se regăsesc în site-ul www.aisro.ro, respectiv în pag. 1 a documentului LRSM AD 2.1 AERODROME LOCATION INDICATOR AND NAME LRSM -/.....: „LRSM AD 2.3 OPERATIONAL HOURS W: 0500 - 1700; S: 0400 - 1600 Days of operation: Monday - Saturday (a se vedea [www.aisro.ro/AIP Romania/AD/AD 2 Aerodromes/AD2 12 LRSM](http://www.aisro.ro/AIP_Romania/AD/AD_2_Aerodromes/AD2_12_LRSM)/AD2 03 LRSM Operational hours),

Astfel, conform propunerii tehnice, asocierea va executa lucrările pe tronsoane de scurtă distanță, pe parcursul a 37 de ore, respectiv 1,54 zile, în weekend, precum și noaptea, în celelalte zile din săptămână. Acest plan de execuție, în care nu este necesară imobilizarea activităților aeroportului, infirmă critica formulată de contestator, potrivit căreia asocierea nu ar putea realiza lucrările fără nici măcar o zi de închidere a pistei de aterizare/decolare.

Trebuie remarcat faptul că subfactorul de evaluare privește numărul de zile în care pista de decolare/aterizare nu poate fi operațională/va fi imobilizată, respectiv perioada în care zborurile nu se vor desfășura conform planificărilor, iar aeroportul va înregistra pierderi, factorul nefiind aplicat pentru realizarea întregii lucrări de remediere a pistei.

Or, atâta timp cât asocierea va executa lucrările în weekend (37 de ore) și noaptea, în celelalte zile, activitățile operaționale de pe pistă nu vor fi afectate, întrucât nu sunt programate zboruri.

Faptul că ofertantul contestator a prevăzut 19 zile de imobilizare, cu un plan de execuție diferit de al asocierii, nu înseamnă că orice altă variantă de lucru nu ar fi posibilă.

O apreciere pertinentă/fezabilă a planului propus de asocierea, precum și a activităților enumerate de contestator, se

poate face dacă sunt luate în considerare toate resursele umane, materiale, organizarea, modul de lucru etc. Însă, din contestație lipsește o astfel de motivare.

De altfel, în punctul de vedere față de contestație, achizitorul a precizat că evaluarea ofertelor s-a realizat astfel:

„a) s-a analizat componenta experților cheie și non-cheie propuși de cei doi ofertanți, experiența dovedită în proiecte similare și autorizațiile/certificările/calificările acestora, Comisia stabilind că ambele oferte sunt conforme și admisibile din acest punct de vedere și acordându-se punctajul în consecință;

b) s-a analizat abordarea propusă pentru realizarea obiectivului Ob.1 «Reabilitarea pistei de decolare-aterizare» al proiectului și implicațiile utilizării acestei abordări, atât în perioada de derulare a lucrărilor, cât și în perioada imediat următoare;

c) s-a analizat manualul calității, împreună cu procedurile de lucru pe specialități, s-a verificat adecvarea acestora cu mediul de lucru aeroportuar, definit de reglementări specifice;

d) s-a analizat metodologia de lucru propriu-zisă pentru atingerea dezideratului de a minimiza perioada de întrerupere efectivă a traficului aerian, Comisia având în vedere următoarele aspecte:

- coroborarea perioadelor declarate pentru întreruperea traficului, cu graficul general de execuție (Gant), și analiza drumului critic; Comisia a cerut clarificări pe această temă doar ofertantului S.R.L., datorită faptului că metodologia prezentată era mai puțin detaliată decât a celui alt ofertant și existau neconcordanțe între durata declarată de 19 zile, cu graficul Gant. În urma răspunsului la solicitarea de clarificări, acest aspect a fost lămurit;

- analiza cantității de utilaje, echipamente tehnologice și dotări tehnice prezentate de ambii ofertanți, inclusiv facilități pentru iluminare necesare activității pe timp de noapte”.

Acest mod de evaluare a tuturor ofertelor se regăsește în procesul-verbal nr. 4150/30.11.2022, ceea ce demonstrează respectarea principiului tratamentului egal, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Cât privește susținerea contestatorului că oferta sa a fost analizată inechitabil față de oferta câștigătoare, deoarece comisia de evaluare i-a cerut clarificări asupra subfactorului în discuție, Consiliul observă aplicarea corectă a prevederilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 [*„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”*].

Prin solicitarea nr. 4052/24.11.2022, comisia de evaluare i-a cerut asocierii clarificarea unor neconcordanțe referitoare la perioadele

diferite de imobilizare a activităților, prevăzute în graficul Gantt, respectiv să detalieze modalitățile de lucru pentru aceste perioade. Or, cele două oferte nu s-au aflat în aceeași situație, comisia de evaluare nesusținând astfel de necorelări la oferta asocierii

Faptul că această ofertă a necesitat clarificări, spre deosebire de cea clasată pe primul loc, nu înseamnă o încălcare a principiului tratamentului egal.

Mai mult decât atât, intervenientul și entitatea contractantă au arătat că există numeroase piste care au fost reabilitate fără închiderea traficului, în acest sens indicând site-urile unor aeroporturi.

De altfel, trebuie remarcat faptul că, față de apărările detaliate ale intervenientul și punctul de vedere al achizitorului, contestatorul nu aduce argumente tehnice, prin intermediul cărora să infirme planul de execuție propus de asocierea, respectiv imposibilitatea realizării executării lucrărilor pe etape, pe distanțe mici, în timpul celor 37 de ore (1,54 zile) din weekend și în timpul nopții, în celelalte zile.

Inclusiv pe calea concluziilor scrise, susținerea criticilor este de ordin general: *„această abordare a execuției lucrărilor implicând o serie de măsuri organizatorice obligatorii referitoare la forța de muncă, dispozitive de iluminat, niciunul dintre aceste aspecte nefiind verificat/clarificat de entitatea contractantă nici din perspectivă tehnică și nici din punct de vedere financiar”*. Contestatorul nu dovedește insuficiența resurselor materiale (de exemplu, a dispozitivelor de iluminat), organizarea neadecvată a activităților etc.

Pe cale de consecință, critica se dovedește a fi neîntemeiată.

6. *Privitor la presupusa incapacitate profesională a asocierea de a realiza unele dintre activitățile care fac obiectul contractului*

Contestatorul susține că, pentru realizarea studiilor topografice, care trebuie vizate de Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară, inginerul topograf, nominalizat de asocierea, nu deține autorizația categoria D, emisă de ANCPI, iar aceste activități pot fi realizate doar de către un subcontractant.

Consiliul constată că, în documentația de atribuire, entitatea contractantă nu a impus nicio autorizație pentru inginerul topometrist. Contestatorul a dedus această cerință din coroborarea prevederilor :

- din anunțul de participare/secțiunea III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale: *„Ofertanții trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, că sunt legal constituite, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”* și
- din caietul de sarcini/secțiunea 5.5 a:
*”Inginer topometrist:
a. Diplomă Inginer sau echivalent*

b. experiență specifică, dovedită prin participarea la cel puțin un contract similar. Prin contract similar se înțelege participarea într-un contract în cadrul căruia a elaborat si/sau actualizat si/sau revizuit si/sau a completat un studiu topografic în sistem STEREO 70 si WGS 84”.

Inexistența în anunțul de participare a unei cerințe de calificare, nu îi dă dreptul contestatorului să o adauge, în funcție de modul în care el înțelege prevederile caietului de sarcini.

Determinarea criteriilor de calificare constituie un drept al entității contractante, conform art. 185 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Potrivit alin. (3) al aceluiași articol, entitatea contractantă are dreptul de a stabili „numai acele criterii care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.”

Atâta timp cât, prin anunțul de participare, nu s-a cerut ca inginerul topometrist să dețină autorizație ANCPI categoria D, ofertanții nu aveau o astfel de obligație.

Faptul că anumite activități din caietul de sarcini se pot presta doar în baza unor autorizații prevăzute de legislația specifică domeniului respectiv nu înseamnă că ofertanții ar trebui să includă în ofertă toate certificările/autorizările. De altfel, oferta s-ar încărca inutil, cu documente care nu vor fi analizate de comisia de evaluare.

Relevantă în acest sens este Hotărârea CJUE din data de 26.01.2023, în cauza C 403/21 (SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș):

„60 Fiind cel mai bine plasată pentru a evalua propriile nevoi, autorității contractante i s a recunoscut de către legiuitorul Uniunii o largă putere de apreciere cu ocazia stabilirii criteriilor de selecție, fapt demonstrat în special de utilizarea recurentă a verbului „a putea” la articolul 58 din Directiva 2014/24. Astfel, în conformitate cu alineatul (1) al acestui articol, aceasta beneficiază de o anumită marjă de apreciere pentru definirea condițiilor de participare la o procedură de atribuire a unui contract pe care le consideră ca având legătură și fiind proporționale cu obiectul contractului și de natură să garanteze că un candidat sau un ofertant dispune de capacitate juridică și financiară, precum și de competențele tehnice și profesionale necesare pentru executarea contractului care urmează să fie atribuit. Mai precis, potrivit alineatului (4) al articolului menționat, autoritatea contractantă apreciază în mod liber condițiile de participare pe care le consideră proprii, din punctul său de vedere, pentru a garanta în special executarea contractului la un nivel de calitate pe care îl estimează ca adecvat (Hotărârea din 31 martie 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C 195/21, EU:C:2022:239, punctul 50).

61 În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-un caiet de sarcini, obligații rezultate din

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

62 Invers, autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de selecție. O atare alegere s-ar putea explica în special prin faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar putea prefera de asemenea să menționeze aceleași obligații în cadrul condițiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C 927/19, EU:C:2021:700, punctele 88 și 89).

65 (...) a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) din directiva menționată (Hotărârea din 8 iulie 2021, Sanresa, C 295/20, EU:C:2021:556, punctul 62)".

În consecință, oferta asocierii nu poate fi respinsă pe baza unei cerințe de calificare ce nu se regăsește explicit în anunțul de participare.

Pe de altă parte, contractul în cauză nu necesită avizarea de către ANCPI a vreunui studiu topografic, întrucât studiul este deja vizat și atașat caietului de sarcini, așa cum se arată la conform la pag. 4 a caietului de sarcini/secțiunea 2. *Conținutul Caiet de Sarcini*

"Prezentul Caiet de sarcini include: (...)

2. Situația certificatelor, avizelor, acordurilor, autorizațiilor precum și a actelor administrative asociate SF pentru realizarea obiectivului de investiție:

- Certificat de Urbanism nr. 5/5.10.2021*
- Parte desenată (...)*
- Studiu geotehnic*
- Expertiză tehnică suprafețe de mișcare*
- Studiu soluții alternative*
- Documentație WGS*
- Studiu TOPO vizat OCPI (...)"*

Activitatea inginerului topometrist este cea prevăzută la secțiunea 10.5/Responsabilități asociate pregătirii șantierului: „Verificarea coordonatelor topografice ale șantierului”

Astfel, argumentele contestatorului, că ar fi necesar o anumită autorizare, care să-i permită inginerului topometrist realizarea studiilor ce ar trebui avizate de ANCPI, este contrazisă de prevederile caietului de sarcini pe baza căruia și-a întocmit oferta, critica fiind neîntemeiată.

Cât privește susținerea contestatorului că pentru „studiile topo, parte din proiectul tehnic”, asocierea trebuia să indice subcontractant, Consiliul constată că nu este conformă prevederilor caietului de sarcini, întrucât studiul topo este deja executat, deci nu este o activitate ce ar trebui realizată de inginerul topometrist.

În plus, pentru acest serviciu, care nu are un impact semnificativ asupra contractului, ofertanții au libertatea stabilirii naturii relației juridice pe care o vor încheia cu prestatorul. În acest sens, relevantă este Hotărârea CJUE din data de 26.01.2023, în cauza C 403/21 (SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș), pct. 72-75, redate anterior, în soluționarea criticii nr. 4.

În concluzie, întrucât ofertantul nu are obligația numirii unui subcontractant pentru activitățile ce vor fi prestate de inginerul topometrist, Consiliul consideră neîntemeiată critica referitoare la presupusa incapacitate profesională a asocierii de a realiza unele dintre activitățile care fac obiectul contractului.

Nefiind motive de infirmare a deciziei achizitorului, privitoare la oferta asocierii SRL - SA - SA, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SRL, față de contestația depusă de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția nemotivării contestației, invocată de intervenientul SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă, ...

Admite cererea de intervenție formulată de SRL.

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

.....

