Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
13 NOV. 2017
Nr. înregistrare 92/89262

Către: **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor**

București, str. Stavropoleos nr. 6, cod poștal 030084, Sector 3

Fax: **+40 21 310 46 42 / +40 21 890 07 45**

E-mail: *office@cnsc.ro*

Spre știință: **Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A.**

B-dul Dinicu Golescu nr. 38, Sector 1, București.

Fax: +40 21 313 8170

E-mail: *laura.axente@andnet.ro*

De la:

Fax:

RE: **Contestație în legătură cu Procedura de atribuire prin licitație deschisă a contractului având ca obiect *«Proiectare și execuție „Pod suspendat peste Dunăre în zona Brăila”»***

Anunț de participare nr. 175054/29.04.2017

Data: **13.11.2017**

Pagini: **22**

Subscrisa („**Societatea**”), cu sediul în , **adresă la care vă solicităm să dispuneți comunicarea tuturor actelor de procedură referitoare la soluționarea prezentului diferend**, reprezentată prin dl. , **e-mail:** , în calitate de Director,

, în calitate de petentă,

în temeiul dispozițiilor art. 8, raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, în termen legal formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

prin care solicităm Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună:

a. Anularea deciziei Autorității contractante prin care oferta depusă de a fost considerată admisibilă și declarată câștigătoare;

b. Anularea Adresei nr. 92/81486 din data de 20.10.2017[1] - Comunicare rezultat procedură – prin care subscrisa a fost informată că, în urma evaluării ofertelor, Societatea s-a clasat s-a clasat pe locul II, obținând un punctaj de 99,95 de puncte, dintre care 39,5 puncte pentru componenta financiară și 60 de puncte pentru componenta tehnică (**"Actul contestat"**), precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente care fundamentează sau se fundamentează pe aceasta (e.g. procese-verbale de evaluare, raportul Procedurii de atribuire, deciziile/adresele privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire etc.); și

c. Obligarea Autorității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile conform criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire și potrivit dispozițiilor deciziei pronunțate de către Consiliu în prezenta cauză,

pentru următoarele:

MOTIVE

I. CONTEXTUL PROMOVĂRII CONTESTAȚIEI

1. Prin anunțul de participare nr. 175054/29.04.2017 **(„Anunțul de Participare")** publicat în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice **(„SEAP")**, CNAIR a inițiat procedura de atribuire *«Proiectare și execuție „Pod suspendat peste Dunăre în zona Brăila"»* (**„Procedura de Atribuire"**).

2. Potrivit punctului IV.2.1) "Criterii de atribuire" din documentul denumit "Fișa de date" (*"Fișa de Date"*) care face parte din documentația de atribuire, criteriul de atribuire a contractului este *"cel mai bun raport calitate-preț"*.

3. Autoritatea contractantă a comunicat subscrisei, prin Actul contestat, Rezultatul procedurii de atribuire prin care subscrisa a fost informată că, în urma evaluării ofertelor, Societatea s-a clasat s-a clasat pe locul II, obținând un punctaj de 99,95 de puncte, dintre care 39,5 puncte pentru componenta financiară și 60 de puncte pentru componenta tehnică.

4. Împotriva Rezultatului procedurii de atribuire subscrisa a transmis Autorității contractante Notificarea prealabilă la data de 30.10.2017[2], însă Autoritatea Contractantă nu a răspuns la Notificarea Prealabilă în termenul legal reglementat de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

5. Relevant pentru prezenta dispută este că, ulterior comunicării Rezultatului procedurii de atribuire, cu ocazia primei contestații formulate[3], CNSC a permis subscrisei accesul **partial** la dosarul achiziției

---

[1] Anexa nr. 1 - Adresa nr. 92/81486 din data de 20.10.2017.

[2] Anexa nr. 2 - Dovada transmiterii Notificării prealabile împotriva rezultatului procedurii de atribuire.

publice (cu excepția documentelor declarate confidențiale și a altor documente pe care Autoritatea nu le-a atașat dosarului trimis la CNSC, respectiv documentele justificative depuse de în susținerea DUAE și a ofertei).

6. În pofida faptului că Societatea nu a avut acces la propunerea tehnică și financiară a ofertei dar nici la dosarul achiziției publice în integralitatea lui, subscrisa a sesizat încălcări grave ale legislației achiziției publice în ceea ce privește modul de întocmire a ofertei forma de prezentare a ofertei în SEAP, dar și în ceea ce privește respectarea obligațiilor Autorității contractante de verificare și evaluare a acceptabilității și conformității ofertelor.

7. După cum vom demonstra mai jos, viciile grave sesizate în privința ofertei ar fi impus respingerea acesteia ca neconformă și inacceptabilă, dacă Autoritatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligațiile de analiza temeinic oferta depusă de aceasta precum și răspunsurile la solicitările de clarificări formulate.

II. TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

8. Prezenta secțiune conține argumentele care demonstrează caracterul inacceptabil și neconform al ofertei , precum și dispozițiile legale, doctrina și jurisprudența relevante care validează susținerile subscrisei.

A. OFERTA ESTE NECONFORMĂ. A MODIFICAT PROPUNEREA FINANCIARĂ PRIN RĂSPUNSUL LA CLARIFICĂRI

A.1. Dispozițiile legale aplicabile

9. Următoarele dispoziții legale sunt relevante în analiza acestei critici:

- Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: *„Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii."*
- Art. 209 din Legea nr. 98/2016: *„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea 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 sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.* ***(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.***"

---

[3] Contestație care a vizat scrisoarea nr. 12B/6843/29.09.2017[3] emisă în cadrul Procedurii de Atribuire, Autoritatea Contractantă a informat Subscrisa că a depus o ofertă admisibilă, care s-a clasat pe locul 2. Nicio explicație și/sau motiv privind punctajul efectiv obținut și / sau avantajele specifice ofertei clasate pe locul I nu a fost prezentat și care este, în prezent, soluționată prin Decizia nr. Decizia nr. 289/C7/3788 din data de 26.10.2017.

- Art. 134 alin din HG nr. 395/2016[4]: ***„(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă.*** *[...]* ***(10) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice,*** *respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant.";*

10. Din cuprinsul textelor legale mai sus, se desprind următoarele concluzii:

- În cazul în care informațiile prezentate de operatorii economici nu sunt suficient de clare, autoritatea contractantă poate solicita clarificări, însă nu poate permite, prin acest mecanism, crearea unui avantaj în favoarea ofertantului care furnizează respectivele clarificări;

- Oferta se respinge ca neconformă în cazul în care ofertantul își modifică propunerea financiară prin răspunsul la clarificări, singura excepție de la aceste dispoziții obligatorii fiind corectarea erorilor aritmetice.

A.2. Propunerea financiară a conține erori și omisiuni. Autoritatea contractantă a permis complinirea acestor erori și omisiuni prin clarificări care au condus la modificarea propunerii financiare.

11. În fapt, nu a cotat niciun preț în lei pentru categoria de cheltuieli *Amenajarea amplasamentului* din cadrul poziției 2 "Activitate: Preconstrucție" – din cadrul Anexei nr. 3 la Formularul 8, parte a propunerii financiare, potrivit prevederilor pct. IV.4.2) *Modul de prezentare a propunerii financiare* din Fișa de date a achiziției. În consecință, prin Scrisoarea nr. 12B/6644/26.08.2017[5], Autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clarificări privind lipsa prețului în privința acestei activități.

12. Față de solicitarea de clarificări transmisă de Autoritatea contractantă, a răspuns că **din eroare** nu a menționat prețul acestei activități în propunerea financiară și a precizat că toate costurile aferente amenajării și pregătirii terenului sunt incluse în prețul ofertei, iar necompletarea respectivei poziții reprezintă un viciu de redactare, prin faptul că nu a fost realizată sumarizarea pozițiilor 2.3 și 2.4, cu alte cuvinte că prețul pentru activitățile de Amenajare a amplasamentului se regăsește inclus în cadrul activităților imediate imediat următoare din Formular, respectiv:

- 2.3 Demolări, demontări, defrișări, evacuări materiale rezultate

  și

- 2.4 Măsurători hidrografice și semnalizarea costieră(AFDJ RA GALATI)

---

[4] Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

[5] Anexa nr. 3 - Scrisoarea nr. 12B/6644/26.08.2017.

13. Rugăm Consiliul să observe că, pentru a păstra aparența nemodificării ofertei financiare, a pretins că prețul aferent acestei activități, cea de amenajare a amplasamentului, ar fi fost inclus **din eroare** în prețul a alte două activități diferite, adică cele menționate mai sus, cu nr. de ordine 2.3 și 2.4 din Anexa 3 la Formularul nr. 8 . Astfel, pentru valoarea omisă de ofertat, . a pretins că aceasta ar reprezenta un cumul valoric al sumelor indicate subsecvent acesteia, pretinzând că această omisiune nu ar reprezenta, totuși, o lipsă de cotare inițială. Această conduită este greșită întrucât:

- răspunsul nu se încadrează în singura excepție prevăzută de lege cu privire la modificarea ofertei, respectiv îndreptarea erorilor aritmetice. Eroarea aritmetică, prin definiție, reprezintă indicarea greșită/calcularea eronată a valorii unei activități sau existența unor diferențe de calcul dintre valoarea reală a unei mărimi și valoarea calculată a acestei mărimi, nicidecum omisiunea de a indica prețul unei activități și apoi includerea acesteia în cadrul unei activități diferite pentru a menține prețul total al ofertei și aparența nemodificării acestuia. Subliniem faptul că nemodificarea propunerii financiare prin răspunsul la clarificări nu presupune simpla menținere a valorii totale a prețului ofertat, ci și menținerea acestei valori prin eliminarea prețului unei categorii de activități sub pretextul că acesta a fost cumulat/inclus în cadrul unei activități diferite. Practic, o ofertă incompletă și, deci, viciată, nu se poate considera corectă / corectată doar printr-o simplă declarație a însuși operatorului în cauză în sensul că valoarea omisă este, de fapt, inclusă, în alte valori cotate; o omisiune continuă să reprezinte omisiune indiferent de ceea ce precizează, ulterior, acel operator;

- prin acceptarea răspunsului la clarificări transmis de , Autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal față de subscrisa și, corelativ, a favorizat . Astfel, în timp ce subscrisa a evidențiat în cadrul ofertei valoarea distinctă a fiecărei activități, iar Autoritatea a evaluat și a acceptat această modalitate de prezentare a ofertei, în privința ofertei a acceptat cumularea valorii a două activități diferite fără a fi în măsură să cunoască cu cât a fost cotată fiecare activitate în parte și dacă prețul ofertat aferent fiecărei activități permite desfășurarea activității respective în condiții optime, potrivit cerințelor impuse de Autoritatea contractantă; **rezultă, astfel, o evaluare neunitară a ofertelor financiare, deci a însuși prețului ofertat, Autoritatea aplicând o metodă diferită în evaluarea costurilor activităților din cadrul poziției 2 din formularul sus-indicat, respectiv de a considera validă atât varianta în care fiecare din cele 5 activități sunt prețuite distinct, cât și aceea în care una dintre cele 5 activități nu este cotată, ci reprezintă suma prețurilor ultimelor două activități.**

- Pretinsul cumul de valori indicat de către nici nu ar fi, de altfel, posibil, tocmai pentru că, din punct de vedere tehnic, activitățile subsecvente (2.3 si 2.4) nu pot reprezenta, în mod suficient și indubitabil, componentele liniei „Amenajarea amplasamentului"; aceasta activitate include mai multe subiectivității, așa cum sunt acestea definite în **Anexa 6 la Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice**[6].

---

[6] Prevederi similare se regăsesc și în cadrul Anexei nr. 4 „Metodologie din 09/01/2008 privind elaborarea devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții" din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 din 09/01/2008 Hotărâre privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, cu modificările și completările ulterioare Capitolul 1 „Cheltuieli pentru obținerea și amenajarea terenului"

Astfel, punctul 1.2 din Anexa 6 – *Metodologia privind elaborarea devizului general şi a devizului pe obiect* prevede că amenajarea terenului cuprinde cheltuielile efectuate pentru pregătirea amplasamentului şi care constau în:

a) demolări;
b) demontări;
c) dezafectări;
d) defrişări;
e) colectare, sortare şi transport la depozitele autorizate al deşeurilor rezultate;
f) sistematizări pe verticală;
g) accesuri/drumuri/alei/parcări/drenuri/rigole/canale de scurgere, ziduri de sprijin;
h) drenaje;
i) epuizmente (exclusiv cele aferente realizării lucrărilor pentru investiţia de bază);
j) devieri de cursuri de apă;
k) strămutări de localităţi;
l) strămutări de monumente istorice;
m) descărcări de sarcină arheologică sau, după caz, protejare în timpul execuţiei obiectivului de investiţii (în cazul executării unor lucrări pe amplasamente ce fac parte din Lista monumentelor istorice sau din Repertoriul arheologic naţional);
n) lucrări pentru pregătirea amplasamentului.

Se poate lesne observa că există o serie de activităţi ce nu se regăsesc în cadrul poziţiilor 2.3 şi 2.4 din formular, precum cele de la lit. f, g, h, i, j, m, n. În consecinţă, **categoria de cheltuieli *Amenajarea amplasamentului* trebuia cotată în mod distinct în cadrul ofertei financiare, încât nu se poate proba că doar prin însumarea valorii activităţilor prevăzute la pct. 2.3 si 2.4 din Anexa 3 la Formularul 8 se poate determina valoarea pentru *Amenajarea amplasamentului.***

14. În analiza temeiniciei acestei critici, rugăm Consiliul să aibă în vedere jurisprudenţa Curţii Europene de Justiţie cu privire la limitele solicitărilor de clarificare şi a răspunsurilor la clarificări, cu precădere Hotărârea din 29 martie 2012 SAG ELV Slovenko şi alţii, pronunţată în cauza C-599/10, în cuprinsul căreia Curtea a statuat următoarele: "*[...]**acestă cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă** (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovenko şi alţii, citată anterior, punctul 40). În sfârşit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce priveşte în ceea ce priveşte posibilitatea de a solicita candidaţilor săi să îşi clarifice oferta, **autoritatea contractantă trebuie să trateze candidaţii în mod egal şi loial, astfel încât să nu se poată considera la finalizarea procedurii de selecţie a ofertelor şi, în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidaţii sau candidatul cărora le-a fost adresată** (Hotărârea SAG ELV Slovenko şi alţii, citată anterior, punctul 41)"* (subl. *ns*).

De asemenea, rugăm Consiliu, ca în analiza temeiniciei acestei critici să respecte propria jurisprudenţă cu

---

1.2. Amenajarea terenului Se includ cheltuielile efectuate la începutul lucrărilor pentru pregătirea amplasamentului şi care constau în demolări, demontări, dezafectări, defrişări, evacuări materiale rezultate, devieri reţele de utilităţi din amplasament, sistematizări pe verticală, drenaje, epuismente (exclusiv cele aferente realizării lucrărilor pentru investiţia de bază), devieri de cursuri de apă, strămutări de localităţi sau monumente istorice etc

privire la această chestiune, din care indicăm cu titlu de exemplu (urmând a indica prin note scrise suplimentare jurisprudență suplimentară) următoarea decizie: "*Consiliul nu își însușește punctul de vedere formulat de autoritate și de intervenientă potrivit căruia din moment ce în caietul de sarcini nu s-a prevăzut din ce tarif se suportă investițiile operatorii economici, înseamnă că operatorii economici le pot include în oricare dintre cheltuieli, deoarece există cheltuieli care sunt proprii unei anumite activități. **A susține că ea poate fi inclusă în tariful oricărei activități, la libera apreciere a ofertantului reprezintă o încălcare a regulii de bază potrivit căreia în tariful unei anumite activități se includ numai acele cheltuieli specifice activității respective. Drept urmare, Consiliul concluzionează că modalitatea în care asocierea a ales să își structureze cheltuielile aferente tarifelor activităților care formează obiectul contractului au denaturat grav rezultatul procedurii.**"*[7] *(subl. ns.)*

15. Rugăm Consiliul să rețină că principiul tratamentului egal impune Autorităților contractante să trateze ofertanții în același mod și să nu permită avantajarea unui ofertant prin modificarea răspunsului la clarificări. Or, în speță, obligația de a indica un preț pentru fiecare activitate din deviz era o obligație impusă tuturor ofertanților, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă. Scopul individualizării prețului fiecărei activități este de a oferi Autorității contractante o explicație detaliată cu privire la modul în care prețul total ofertat de fiecare operator economic se descompune în prețuri individuale pentru fiecare activitate prevăzută în contract. Or, în timp ce Autoritatea contractantă cunoaște cu exactitate prețul fiecărei activități din oferta financiară a subscrisei, declarând oferta conformă, a apreciat că totuși și oferta . este conformă, deși nu cunoaște valoarea individuală a unei activități prevăzute în contract.

16. În aceste condiții, rugăm Consiliul să aplice dispozițiile legale indicate mai sus și să constate că răspunsul la solicitarea de clarificări nu poate fi calificat drept o clarificare, din moment nu s-a referit la un element de preț deja existent, indicat și individualizat în ofertă, ci, în realitate, a adăugat un preț inițial inexistent și, implicit, a modificat valoarea ofertei prin cotarea unui singur preț pentru două activități distincte.

17. Împrejurarea că prețul oferit pentru o poziție din devizul de activități nu a fost menționat nu ar putea fi calificată drept eroare aritmetică nici dacă prețul ofertat pentru această activitate ar putea fi dedus din prețul oferit pentru o altă activitate, în condițiile în care ofertanți aveau obligația să individualizeze prețul fiecărei activități.

18. Conduita Autorității contractante care a validat, sub pretextul îndreptării unei erori, conduita greșită a nu este corectă nici din perspectiva faptului că, față de conduita subscrisei (fundamental diferită – a se vedea Anexa 3 la Formularul nr. 8 depusă de subscrisa în ofertă[8]), **nu pot fi validate concomitent ambele interpretări**. Concret, **fie valoarea inițial omisă de către era corect indicată ca fiind rezultată din cumulul celorlalte două activități** (dacă așa se dorea de către Autoritatea contractantă să se oferteze), **fie valoarea lipsă trebuia să existe independent de alte valori cotate, situație în care se găsește subscrisa și care a fost, la rândul ei, validată de către aceași**

---

[7] A se vedea http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_1824.pdf, accesat la data de 8.11.2017.

[8] Anexa nr. 4 - Anexa nr. 3 la Formularul nr. 8.

Autoritate contractantă. Totuși, ambele interpretări nu pot coexista câtă vreme o astfel de situație ar conduce la posibilitatea unui ofertant de a fi avantajat prin omiterea unor linii de ofertă necesar a fi fost cotate (măcar în aparență).

19. Suntem de părere că a simulat includerea prețului pentru activitatea de amenajare a amplasamentului în prețul total al contractului doar pentru a se putea prevala de o pretinsă nemodificare a propunerii financiare prin răspunsul la clarificări; totuși, oferta se impune a fi respinsă ca neconformă ca urmare a faptului că a inclus prețuri inexistente inițial prin răspunsul la clarificări și, de altfel, nici nu a respectat cerința de indicare a unor prețuri distincte pentru toate și fiecare dintre elementele din structura prețului ofertat impuse prin documentația de atribuire.

B. OFERTA ESTE INACCEPTABILĂ. EXISTĂ OMISIUNI SEMNIFICATIVE DIN CONȚINUTUL ACESTEIA

B.1. Dispozițiile legale aplicabile

20. Următoarele dispoziții legale sunt relevante în analiza acestei critici:

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

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

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

  c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi." (subl. ns.)

- Art. 196 din Legea nr. 98/2016: *„(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.*

  (2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, ***cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.***

  (3) ***Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).*** *"* (subl. ns.)

- Art. 132. (1) din HG nr. 395/2016 – *„În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării*

modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE."

B.2. nu a completat în DUAE mențiunile obligatorii cu privire la producătorii, seriile, numerele și tipul de echipamente ce vor fi incluse în proiect și nici nu a dovedit cu ce titlu deține aceste echipamente

21. DUAE completat de și nu conține nicio informație cu privire la utilajele deținute, respectiv numele producătorului, seria și tipul utilajului.

22. Această susținere este consemnată și în Procesul verbal nr. 9[9] întocmit de Comisia de Evaluare din care reiese că , spre deosebire de subscrisa, nu a menționat în cuprinsul DUAE date esențiale cu privire la producătorul echipamentelor, precum și seria și numărul acestora, informații care erau absolut necesare Autorității contractante pentru verificarea îndeplinirii cerinței de calificare referitoare la capacitatea operatorului economic de a îndeplini activitățile ce formează obiectul Contractului la parametrii cantitativi și calitativi impuși. Or, solicitarea adresată ofertantului clasat pe primul loc a documentelor care să ateste informațiile cuprinse în DUAE și verificarea acestora trebuia să se bazeze pe datele și informațiile exacte cuprinse în cadrul DUAE, potrivit dispozițiilor legale prevăzute de art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016. A adăuga informații noi și esențiale prin prezentarea documentelor de calificare este de neacceptat, întrucât acestea trebuiau incluse de la început în DUAE. Aceste completări nu sunt inadvertențe de formă, ci sunt inadvertențe de fond care ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei deoarece nu a completat DUAE cu informațiile solicitate.

23. Mai mult, deși membrii Comisiei de Evaluare au constatat discrepanțe între lista mijloacelor fixe prezentată în cadrul documentelor de calificare și lista utilajelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice pentru execuția lucrărilor completată de ofertant în DUAE, în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare, nicio măsura nu a fost luată.

24. nu a demonstrat titlul cu care deține aceste echipamente, simplele *angajamente* prezentate nefiind de natură să asigure îndeplinirea corespunzătoare a obiectului contractului. Precizăm că, și după solicitarea de clarificări a Autorității contractante, singurele documente prezentate de în dovedirea cerinței privind deținerea echipamentelor necesare execuției contractelor au rămas aceste angajamente.

25. În legătură cu DUAE, pe site-ul oficial al Uniunii Europene se arată că *ofertanții pot fi excluși de la procedură sau pot face obiectul unei urmăriri penale în cazul în care introduc în DUAE informații evident eronate, voit incomplete sau care nu pot fi susținute cu documente justificative.*[10]" (subl. ns.)

26. Subliniem faptul că Autoritatea contractantă a acceptat astfel de dovezi suplimentare fără să își respecte obligația de a clarifica temeinic această chestiune, în sensul de a transmite o nouă solicitare de clarificări ofertantului și de a solicita documente doveditoare corespunzătoare în susținerea

---

[9] Anexa nr. 5 - Procesul verbal nr. 9.
[10] A se vedea în acest sens http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/e-procurement/index_ro.htm

capacității tehnice potrivit rigorilor impuse de lege. Mai mult, după cum vom demonstra în secțiunea următoare, în contextul în care nu deține în proprietate echipamentele și utilajele ce urmează a fi utilizate pentru realizarea obiectului contractului, ci se va folosi de utilajele deținute de către un terț față de contract, **avea obligația declarării acestui terț ca terț susținător**, potrivit practicii instituite chiar de către CNAIR în alte proceduri de atribuire (practici confirmate, de altfel, și de către instanță).

27. În concluzie, având în vedere viciile grave privind mențiunile necesar a fi prezentate în DUAE precum și a documentelor prezentate în susținerea capacității tehnice, se impunea respingerea ofertei ca inacceptabilă.

C. A ÎNCĂLCAT PREVEDERILE FIȘEI DE DATE CU PRIVIRE LA MODALITATEA DE ÎNDEPLINIRE A CERINȚEI PRIVIND DEȚINEREA DE UTILAJE/ECHIPAMENTE

C.1. Dispozițiile legale aplicabile

28. Următoarele dispoziții legale sunt relevante în analiza acestei critici:

- Art. 75 din legea nr. 98/2016 - Art. 75. – "***Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției,*** *însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile art. 193-197, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă." (subl. ns.)*

- Art. 59 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – *„(1) În cazul în care autoritatea contractantă solicită îndeplinirea de către candidați a unor criterii de calificare, aceasta are obligația de a introduce în SEAP informații referitoare la forma și condițiile în care se demonstrează îndeplinirea de către operatorii economici a acestor criterii, precum și termenul în care estimează că va finaliza verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare."*

C.2. Documentele depuse de în dovedirea cerinței cu privire la utilaje/echipamente nu respectă prevederile documentației de atribuire

29. În cuprinsul FDA – capitolul III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesională la Nota 1 se specifică faptul că demonstrarea accesului la utilaje, instalații si echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor se probează prin următoarele modalități: deținerea în dotarea proprie, închiriere, comodat, leasing, contract de prestări servicii, etc.

30. Rugăm Consiliu să observe că, fără a îngrădi modalitatea prin care operatorul economic poate proba îndeplinirea cerinței, Autoritatea contractantă a impus două posibile modalități de îndeplinire a cerinței: (i) un titlu de proprietate asupra utilajelor/echipamentelor sau (ii) un contract sinalagmatic care să demonstreze că utilajele/echipamentele vor fi deținute și operate de către ofertanți.

31. Contrar modalității de îndeplinire a cerinței, astfel cum a fost prevăzută la nivelul FDA, a prezentat simple declarații de angajament unilaterale, care nu sunt apte, prin ele însăși să facă dovada îndeplinirii cerinței în mod corespunzător.

32. nu a demonstrat titlul cu care deține aceste echipamente, simplele *angajamente* prezentate nefiind de natură să asigure îndeplinirea corespunzătoare a obiectului contractului. Precizăm că, și după solicitarea de clarificări a Autorității contractante, singurele documente prezentate de în dovedirea cerinței privind deținerea echipamentelor necesare execuției contractelor au rămas aceste angajamente.

33. Din analiza acestui tip de angajament[11] reiese că acest document nu este un contract care să impună drepturi și obligații în sarcina ambelor părți, precum și sancțiunile aplicabile nerespectării acestor obligații, ci este o simplă declarație emisă de către o societate prin care aceasta declară ca va asigura firmei utilajele/echipamentele de construcții necesare execuției contractului. Ne întrebăm cum a putut accepta Autoritatea contractantă astfel de documente în susținerea capacității tehnice a ofertantului, în condițiile în care pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică si/sau profesionala din Fișa de date a achiziției prevedea că *„Accesul la utilajele, instalațiile si echipamentele tehnice indicate in cerința se poate face printr-unul sau mai multe dintre metodele următoare: deținerea in dotarea proprie, închiriere, comodat, leasing, contract de prestări servicii, etc."* și în condițiile în care aceste angajamente nu conțin suficiente elemente și nu cuprind niciun fel de clauze sau mecanisme de control care să asigure respectarea obligației de punere la dispoziție a utilajelor pe tot parcursul executării contractelor, nu conține clauze care să acopere situația unor eventuale defecțiuni ale utilajelor și echipamentelor sau care să conțină sancțiuni pentru retragerea angajamentului.

34. În concluzie, având în vedere că documentele prezentate de în dovedirea îndeplinirii cerinței referitoare la utilaje/echipamente nu se încadrează în tipologia celor expres indicate la nivelul FDA, se impunea respingerea ofertei ca inacceptabilă.

D. OFERTA ESTE INACCEPTABILĂ ȘI CA URMARE A OMISIUNII DE A DECLARA ÎN DUAE TERȚII SUSȚINĂTORI

D.1. Dispozițiile legale aplicabile și prevederile relevante din documentația de atribuire

35. Următoarele dispoziții legale sunt relevante în analiza acestei critici:

- Art. 186 din Legea nr. 98/2016 – *"(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.*

  (2) Operatorul economic are dreptul să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) doar dacă terțul va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

  (3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi

[11] Anexa nr. 6 - Angajamentul - Declarația emisă de

autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

(5) În cazul în care susținerea terțului/terților vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.";

- Art. 193. din Legea nr. 98/2016 – *"(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

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

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

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională invocând susținerea unui terț, DUAE include informațiile menționate la alin. (1) cu privire la terțul susținător. *" (subl. ns.)*

36. Suplimentar prevederilor legale indicate mai sus, învederăm Consiliului că relevant în analiza acestei critici este și răspunsul nr. 53 din cuprinsul clarificării nr. 3 pe care îl redăm în integralitatea lui[12]: *"În situația în care ofertantul nu poate demonstra că are la dispoziție/are acces la utilajele/ instalațiile/ echipamentele solicitate prin documentația de atribuire in sensul prevăzut la Nota 1 din Fisa de date a achiziției, respectiv nu deține în dotarea proprie/ nu poate prezenta un contract de închiriere/ comodat/ leasing/ prestări servicii etc. a acestora,* ***ofertantul poate invoca susținerea unui terț in condițiile prevăzute la art. 182, 183 si 185 din Legea 98/2016 prin prezentarea unui angajament ferm privind susținerea tehnică acordata ofertantului de terțul susținător pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnica – Utilaje, instalații și echipamente tehnice, în conformitate cu Formularul nr. 3C.*** *" (subl. ns.)*

37. De asemenea, precizăm că în FDA se menționează expres că: *"[î]n cazul în care beneficiază de susținere din partea unui terț, ofertantul va prezenta: a) Angajamentul ferm privind susținerea capacității tehnice acordata de terțul susținător, în conformitate cu Formularul nr.3C. Angajamentul ferm va fi încărcat în mod obligatoriu în SEAP împreună cu DUAE și cu oferta și va fi semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii. b) documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament.* ***Aceste documente***

---

[12] Anexa nr. 7 - Clarificarea nr. 3, răspunsul 53.

vor fi încărcate în mod obligatoriu în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE şi cu oferta, şi vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condiţiile legii. *" (subl. ns.)*

38. Din textele legale menţionate mai sus, dar şi din prevederile fişei de date, precum şi din răspunsurile Autorităţii contractante la solicitările de clarificare adresate de operatorii economici, se desprinde concluzia că aceştia au obligaţia de a depune odată cu DUAE şi angajamentul ferm al terţului susţinător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susţinerea acestuia; omisiunea menţionării terţului susţinător în DUAE atrage sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

D.2. avea obligaţia de a declara ca terţi susţinători sau subcontractanţi entităţile care îi vor pune la dispoziţie echipamentele/utilajele

39. După cum rezultă din dispoziţiile legale mai sus citate, avea obligaţia de declara în DUAE terţii susţinători, precum şi de depune documentele justificative care probează susţinerea acestora. În fapt, nu şi-a îndeplinit obligaţia de a declara prin DUAE că beneficiază de susţinerea unor terţi.

40. Practica CNAIR, validată de instanţele de judecată, este în sensul în care orice persoană care pune la dispoziţia unui ofertant mijloacele sau resursele necesare execuţiei contractului trebuie declarat ca terţ susţinător. În acest sens, rugăm Consiliu ca în analiza acestei critici să aibă în vedere conduita Autorităţii contractante într-o situaţie identică din cadrul unei alte proceduri de atribuire finalizată recent: *"Ofertantul (operatorul economic sau membrii asocierii împreună) trebuie să demonstreze că dispune de următoarele echipamente/utilaje necesare în vederea îndeplinirii celui mai mare contract subsecvent [...] Ofertantul prin răspunsurile la clarificări a înţeles să retransmită Contractul [...], încheiat între [...], în calitate de prestator şi [...], în calitate de beneficiar. [...] Prin urmare, comisia de evaluare consideră că răspunsul este neconcludent, în conformitate cu prevederile art. 79 alin. 91) din HG nr. 925/2006 cu modificările şi completările ulterioare şi, implicit declară oferta ca neconformă.* ***Din documentele depuse de ofertant rezultă că [...] nu are calitate în procedura de faţă, nefiind declarată ca ofertant sau ca subcontractant, terţ susţinător pentru partea tehnică. Comisia a considerat că ofertantul nu îndeplineşte cerinţa nr. 2 privind dotarea tehnică, prezentând în Anexa la Formularul nr. 16 – Lista privind echipamentele/utilajele necesare pentru îndeplinirea celui mai mare contract subsecvent, dotări tehnice în privinţa cărora nu a prezentat dovada concludentă a deţinerii folosinţei sau în proprietate şi a încălcat regimul conflictului de interese referitor la prestatorul de servicii din contractul prezentat pentru îndeplinirea cerinţei.***"[13] (subl. ns.)

41. Raţionamentul Autorităţii contractante a fost validat de către Tribunalul Bucureşti, şi ulterior de către Curtea de Apel Bucureşti, prin respingerea recursului împotriva sentinţei pronunţate de Tribunalul Bucureşti. Din raţionamentul instanţei de fond, redăm următoarele considerente relevante pentru soluţionarea cauzei: *"Cu privire la cerinţa nr. 2 (capacitatea tehnică), în fişa de date ale achiziţiei se instituie condiţia ca ofertanţii să demonstreze că dispun de un aparat de măsurat retroreflexia, luminantă şi coordonatele cromatice sau un contract cu un laborator autorizat pentru determinări specifice. Reclamanta a prezentat contractul [...], încheiat cu [...].* ***Prin adresa [...] pârâta a solicitat clarificări***

[13] Anexa nr. 8 - Extras din comunicarea rezultatului procedurii de atribuire emis de CNAIR.

întrucât [...] nu a fost declarat ca subcontractant și terț susținător. În consecință, tribunalul apreciază că în mod corect pârâta [...] a apreciat că reclamanta nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică."[14] (subl. ns.)

42. După cum se poate observa din prezentarea situației de mai sus, în mod discreționar și aleatoriu Autoritatea contractantă alege să respecte legislația achizițiilor publice în unele proceduri, iar în altele, cum este cazul în speță, să ignore cu desăvârșire prevederile legale pentru a favoriza adjudecarea contractului de către un anumit operator economic.

43. Subliniem faptul că atunci când un operator economic nu deține în proprietate utilajele/echipamentele necesare execuției contractului, și nici nu prezintă documente adecvate care să probeze deținerea acestora, precum contracte de închiriere, de comodat sau leasing, aceea persoană trebuie declarată ca subcontractant sau terț susținător în cuprinsul DUAE. Deși în prezenta procedură operatorul economic s-a aflat într-o situație identică cu cea de mai sus, CNAIR a considerat că nu se impune să solicite acestuia clarificări suplimentare cu privire la regimul conflictului de interese referitor la persoanele care au emis simple declarații de punere la dispoziție a utilajelor/echipamentelor. În consecință a încălcat și prevederile din cap. III 2.1. a) din Fișa de Date cu privire la situația personală a candidatului, care prevede că terțul susținător /subcontractantul trebuie să demonstreze că nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute de art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, precum și să prezinte Formularul C „Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. 91) din Legea nr.98/2016."

44. În concluzie, având în vedere că avea obligația de a declara ca terți susținători sau subcontractanți persoanele care îi vor pune la dispoziție echipamentele/utilajele, se impunea respingerea ofertei depuse de aceasta ca inacceptabilă.

E. NU ÎNDEPLINEȘTE CERINȚA PRIVIND EXPERIENȚA SIMILARĂ

E.1. Dispoziții legale aplicabile

- Art. 178 din Legea 98/2016. – "*(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate* ***pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.***

  (2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existenta unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

  (3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcții de aptitudinile, competențele, eficienta, experiența și potențialul acestora.";

[14] Anexa nr. 9 - Extras din Sentința civilă nr. 4124 din data de 28.06.2017, pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. 9657/3/2017.

- Art. 182 din Legea nr. 98/2016 - *"(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică/acord-cadru, să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi.*

  (2) ***Operatorul economic are dreptul să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaţionale şi profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) doar dacă terţul va desfăşura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.***

- *(3) În cazul în care operatorul economic îşi demonstrează situaţia economică şi financiară şi/sau capacitatea tehnică şi/sau profesională invocând şi susţinerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2), de către unul sau mai mulţi terţi, atunci operatorul economic are obligaţia de a dovedi autorităţii contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terţului/terţilor." (subl. ns.)*

E.2. Cerinţa privind experienţa similară nu este îndeplinită de către . DUAE nu este completat potrivit cerinţelor prevăzute la nivelul FDA. Documentele prezentate nu demonstrează experienţa similară

45. În vederea îndeplinirii acestei cerinţe, la nivelul FDA (pct. III.2.2) Capacitatea economica si financiara) se specifică faptul că operatorii economici vor completa DUAE, indicând în mod explicit, pentru fiecare contract prezentat, cel puţin următoarele informaţii necesare pentru a verifica modul de îndeplinire a cerinţei şi anume: **denumirea contractului, beneficiarul, tipul lucrărilor realizate (în cazul contractului de proiectare, şi tipul serviciilor prestate şi tipul lucrărilor pentru care au fost prestate serviciile), categoria/tipul structurii, lungimea celei mai mari deschideri a structurii, profilul transversal**.

46. În urma unei simple analize a DUAE completat de către , se poate observa că **<u>aceste informaţii sunt parţial prezentate</u>**, respectiv pentru contractele executate de nu se precizează procentul de implicare în contract şi nu se detaliază tipul lucrărilor/tipul serviciilor efectiv realizate prestate sau alte informaţii solicitate. Astfel de omisiuni contravin flagrant cerinţelor imperative de prezentare a ofertei.

47. Totodată, din informaţiile existente în Anexa la procesul-verbal nr. 9 (pag. 7), reiese faptul că în cadrul contractului de proiectare şi execuţie din , a avut o cotă de participare de 50%. În aceste condiţii, se impunea clarificarea participării în mod suficient si relevant, faţă de cerinţele din fişa de date a achiziţiei privind experienţa similară, la realizarea activităţilor de proiectare şi de execuţie, în contextul în care participarea sa a fost la un nivel de 50%; astfel, Autoritatea avea obligaţia ca, de exemplu în ceea ce priveşte experienţa similară în domeniul proiectării, să se asigure ca a prezentat tipul serviciilor realizate, tipul lucrărilor pentru care au fost realizate serviciile de proiectare, categoria/ tipul structurii, lungimea celei mai mari deschideri a structurii, profilul transversal şi că însăşi a realizat respectivele servicii relevante pentru procedura de faţă. Aceeaşi interpretare este relevant şi în privinţa experienţei similare privind execuţia lucrărilor.

48. Mai mult, precizăm că în ceea ce îl privește pe , proiectarea într-unul din contractele indicate a fost realizată, în realitate, de către o entitate juridică distinctă: ; prin urmare, (din care face parte) nu își poate însuși aceste activități, deoarece nu ea le-a prestat efectiv și nu deține experiență efectivă în realizarea activității respective de proiectare. Subliniem faptul că aceste informații legate de contractele declarate ca experiență similară sunt publice[15], prin urmare ne manifestăm surprinderea că Autoritatea contractantă nu a dat dovadă de o minimă diligență în verificarea capacității de a îndeplini contractul atât în ceea ce privește execuția, cât și în ceea ce privește proiectarea. O minimă diligență ar fi impus, totuși, verificarea tipului de experiență efectiv dobândită de către fiecare dintre cei doi asociați pentru a se putea verifica dacă, raportat la lucrările efectiv executate de aceștia (iar nu de alte entități pentru ei!), se demonstrează îndeplinirea cerinței.

49. Cum nu beneficiază în această procedura de susținerea entităților care au realizat proiectarea în contractele indicate, nu se poate prevala de experiența pe care acestea au dobândit-o prin elaborarea proiectelor tehnice, deoarece experiența similară nu reprezintă o resursa transferabilă, aceasta fiind o calitate *intuitu personae*, de natură a asigura Autoritatea contractanta de faptul ca ofertantul însuși are capacitatea tehnică de a elabora lucrarea, adică "*știe din experiență*" cum, exact, trebuie abordat acel tip de lucrare[16].

50. Or, în condițiile in care în proiectele indicate în susținerea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, membrii nu au probat că au realizat efectiv și serviciile de proiectare, rezultă ca nu are capacitatea de a elabora proiectul tehnic in aceasta procedură. Această lipsă majoră nu mai poate fi complinită în această etapa a procedurii, deoarece indicarea unui terț susținător ori a unui subcontractant ar conduce la modificarea propunerii tehnice, sancționată cu respingerea ofertei ca neconformă, precum și la depunerea DUAE pentru o nouă entitate.

51. În concluzie, pentru toate considerentele anterior expuse rugăm Consiliul să admită critica formulată de subscrisa prin contestație privind caracterul inacceptabil al ofertei , pentru neîndeplinirea cerinței privind experiența similară.

---

[15] A se vedea: https://en.wikipedia.org/wiki/Osman_Gazi_Bridge
http://www.cowi.com/menu/newsandmedia/news/bridgetunnelandmarinestructures/izmit-bay-bridge-opens-for-traffic
https://www.researchgate.net/publication/299510456_THE_CAISSONS_OF_THE_TOWER_FOUNDATIONS_-_Izmit_Bay_Suspension_Bridge_Project

[16] Orientativ, indicăm câteva repere jurisprudențiale relevante, rugându-vă a avea în vedere:
- Decizia civila nr. 1323/22.03.2013 a Curtii de Apel Bucuresti in care se retine ca "*experienta se dobandeste prin realizarea unei lucrari, nu prin simpla asumare a raspunderii pentru modul in care o alta societate a realizat lucrarea. Experienta similara apartine subcontractantului care a realizat efectiv lucrarea, iar nu antreprenorului general de la care a fost subcontractata.*"
- Decizia civila nr. 1799/22.04.2013 a Curtii de Apel Bucuresti in care se retine ca: "*Ofertanta care a participat anterior la executarea unui contract in asociere cu alte societati nu poate invoca cu titlu de experienta similara proprie contributia tuturor asociatilor, ci doar pe cea proprie.*"

F. NU A DEMONSTRAT ÎNDEPLINIREA CERINȚEI PRIVIND EXPERIENȚA SIMILARĂ A EXPERTULUI PROPUS PENTRU POZIȚIA DE ȘEF DE ECHIPĂ

F.1. Dispoziții legale aplicabile și prevederile relevante din FDA

52. Următoarele dispoziții legale sunt relevante în analiza acestei critici:

- Art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016 – *"Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare;"*

- Art. 32. – *„(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul "cel mai bun raport calitate-preț" sau "cel mai bun raport calitate-cost", astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.*

  (2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanții.

  (3) În aplicarea art. 187 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, în cazul în care calitatea personalului ce va realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit are un impact semnificativ asupra nivelului de executare și a rezultatului acestuia, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la organizarea, calificarea și experiența respectivului personal.

  (4) Autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

  (5) În cazul în care, în cadrul unei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă stabilește factori de evaluare de natura celor prevăzuți la alin. (3), precum și criteriile de calificare în condițiile art. 179 lit. g) din Lege, aceste criterii se pot referi doar la calificarea și experiența profesională a personalului permanent, în special de conducere, al operatorului economic candidat/ofertant, care este precizat în DUAE, respectiv la alte persoane decât cele desemnate pentru a efectua activitățile contractului în cauză."

- Cap. IV.2) Criterii de atribuire din FDA - *Experiența deținută în poziția de Șef echipa proiectare si/ sau Adjunct Șef Echipa proiectare și/sau Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manager Proiect si/ sau Adjunct Coordonator Proiect si/ sau Adjunct Director Proiect și/sau Adjunct Manager Proiect si/ sau Șef Proiect si/ sau Adjunct Șef Proiect in cadrul unui proiect tehnic pentru construcție noua a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puțin 300 m și având un profil transversal de minim 4 benzi de circulație. Algoritm de calcul: Participarea expertului propus in poziția de Șef echipa proiectare si/sau Adjunct Șef Echipă proiectare și/sau Coordonator Proiect și/ sau Director Proiect si/ sau Manager Proiect si/ sau Adjunct Coordonator Proiect si/ sau Adjunct Director Proiect si/ sau Adjunct Manager Proiect si/ sau Șef Proiect si/ sau Adjunct Șef Proiect in cadrul unui proiect tehnic*

pentru construcție noua a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puțin 300 m si având un profil transversal de minim 4 benzi de circulație."

F.2. Expertul propus de pentru poziție de șef de echipă nu deține experiența similară

53. Precizăm că nu a demonstrat că expertul propus pentru poziția șef echipă proiectare nu are experiență similară în cadrul contractului de proiectare și execuție Pod suspendat din , pentru că activitatea de proiectare a fost subcontractată de către , pentru care beneficiarul trebuia să emită certificat de recepție a serviciilor de proiectare. Astfel, expertul propus ca șef al echipei de proiectare nu putea să obțină punctaj maxim în cadrul prezentei evaluări, dacă Autoritatea contractantă ar fi depus minime diligențe în vederea verificării experienței similare a personalului propus de către .

54. Prin urmare, rugăm Consiliul să constate că experiența expertului șef echipă de proiectare nu poate fi primită și punctată așa cum a făcut-o Autoritatea contractantă.

G. OFERTA . NU ÎNDEPLINEȘTE CERINȚELE DE FOND ȘI FORMĂ

G.1. Dispoziții legale aplicabile

55. Următoarele dispoziții legale sunt relevante în analiza acestei critici:

- Art. 67 din Legea nr. 98/2016 – *„Prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi se stabilesc, cu luarea în considerare a progresului tehnologic, următoarele:*

  a) situațiile și condițiile în care este permisă folosirea altor mijloace de comunicare decât cele electronice;

  b) regulile și cerințele care trebuie îndeplinite de dispozitivele și instrumentele utilizate în legătură cu transmiterea și primirea ofertelor, a solicitărilor de participare sau a planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții, inclusiv situațiile și condițiile în care poate fi solicitată sau este necesară utilizarea semnăturii electronice extinse, precum și modalitățile de implementare a acesteia;

  c) utilizarea unor standarde tehnice specifice în vederea asigurării interoperabilității instrumentelor și dispozitivelor utilizate pentru comunicarea electronică."

- Art. 168 din Legea nr. 98/2016 – *„(1)Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în tara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din tara respectivă.*

  (2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existenta sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligație de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competente în acest sens."

- Art. 171 din Legea nr. 98/2016 - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1)-(3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant."

Art. 123 din HG nr. 395/2016 *„(1)Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea*

tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile. (2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfăşoară prin intermediul SEAP.

(3) Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale.

(4) Prin excepţie de la prevederile alin. (2), autoritatea contractantă are dreptul să solicite în original orice document cu regim special a cărui valabilitate este condiţionată de prezentarea în această formă." (subl. ns.)

Art. 137 din HG nr. 395/2016 - *„(2) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată* ***inacceptabilă*** *în următoarele situaţii:* ***j) oferta şi documentele care o însoţesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat" (subl. ns.).***

G.2. Oferta prezintă vicii grave de fond şi de formă

56. În considerarea prevederilor legale menţionate mai sus, precizăm că subscrisa a sesizat şi următoarele vicii de fond şi formă ale ofertei depusă de :

(i) nu este îndeplinită cerinţa privind depunerea documentelor semnate, respectiv a proiectului ilustrativ şi a cerinţelor beneficiarului, documente care trebuiau însuşite explicit prin semnătură şi ştampilă (dacă există) pe fiecare pagină şi ataşate Formularului D;

(ii) nu a depus certificatul privind neîncadrarea in situaţiile reglementate de art. 164 – 168 (declaraţia poate fi depusă doar dacă, potrivit legii statului de origine, nu se poate obţine certificatul, iar nu a făcut dovada unei imposibilităţii de depunere a unui astfel de certificat); şi

(iii) nu a depus cazierele judiciare ale membrilor conducerii asociatului în forma electronică impusă (cu semnătură electronică extinsă), ci a transmis direct Autorităţii contractante, în plic, aceste documente.

57. În legătură cu nedepunerea cazierelor judiciare cu semnătură electronică extinsă, precizăm că Autoritatea contractantă a acceptat depunerea de către a unor simple plicuri, astfel cum reiese din Procesul Verbal nr. 8[17], sub pretextul că plicul nu poate fi deschis decât de către Comisia de Evaluare, în caz contrar pierzându-şi valabilitatea potrivit legislaţiei din Rugăm Consiliul să reţină că procedurile naţionale de achiziţii publice se desfăşoară potrivit legislaţiei române care prevede că documentele (nu plicurile în care se află documentele) se încarcă în SEAP şi trebuie semnate cu semnătură electronică extinsă, nicio abatere de la această dispoziţie legală nefiind permisă, în caz contrar oferta fiind neconformă potrivit legii. De altfel, şi dacă, prin absurd, Autoritatea contractantă ar fi dorit să respecte (şi) legea în cadrul unei proceduri de atribuire organizată în România (!), tot nu există vreo indicaţie a conţinutului acestei legi şi/sau a fundamentului explicaţiei potrivit căreia un document îşi pierde valabilitatea dacă plicul care îl conţine este deschis!

---

[17] Anexa nr. 10 - Procesul Verbal nr. 8

58. În concluzie, pentru toate considerentele anterior expuse, rugăm Consiliul să admită critica formulată de subscrisa prin contestație privind caracterul neconform al ofertei pentru nerespectarea cerințelor de fond și formă.

H. ALTE CRITICI CU PRIVIRE LA OFERTA

59. În lipsa accesului la integralitatea dosarului achiziției publice (acces obstrucționat, de altfel, în mod absolut nejustificat), învederăm Consiliului că oferta prezintă și următoarele nereguli/vicii care conduc la respingerea ofertei pentru motive de neconformitate cu cerințele documentației de atribuire (pe care, în măsura în care va fi posibil, le vom circumstanția / dezvolta ulterior):

60. Ofertantul declarat câștigător nu a considerat în oferta sa realizarea podului de la km 7+800 cu 3 benzi pentru fiecare sens de circulație în secțiune transversală, în conformitate cu prevederile obligatorii din studiul de fezabilitate (Anexa 1 – vol. 5.1-Lucrări de drum parte scrisă, pag. 9; planșa PSB_SF_DRM_DPS_027_R01) și din clarificările emise de Autoritatea contractantă anterior depunerii ofertelor: Clarificarea nr. 4, răspunsul nr. 86 b)[18], ci a ofertat realizarea acestuia cu doar 2 benzi pe sens.

Podul se afla pe secțiunea de drum de clasă tehnică II, pe care nu sunt permise optimizări, iar nerealizarea acestuia cu numărul de benzi specificat a condus la înaintarea unei oferte financiare de o valoare redusă, aceasta constituind un avantaj incorect față de celălalt ofertant.

Informația se regăsește tratată corespunzător în propunerea noastră tehnică la pagina 741, respectiv în Formularul 4. Secțiunea II *Proiectare pentru lucrarea propusă*, Planșa OP-06.

61. Ofertantul declarat câștigător nu a considerat în oferta sa realizarea îmbunătățirii terenului de fundare prin metoda „*deep mixing method*" (DMM) pentru lucrările de artă amplasate pe tronsonul de drum de clasă tehnică II, unde aceasta soluție era obligatorie, în conformitate cu prevederile Cerințelor Beneficiarului și cerințelor din clarificarea nr 3, răspunsul 12[19] și din clarificarea nr. 4, răspunsul 83[20].

Informația se regăsește tratată corespunzător în oferta noastră tehnică, respectiv în Formularul 4. Secțiunea II *Proiectare pentru lucrarea propusă*, pag. 596 – pag. 600; și la pag. 735 (OP-01A), 736 (OP –01B), pag. 737 (OP-02); pag. 741 (OP-06); pag. 749 (T1); pag. 750 (T2);

În considerarea argumentelor expuse mai sus solicităm Consiliului, ca prin decizia pe care o va pronunța, să admită prezenta contestație și să dispună măsurile solicitate în preambulul acesteia.

În susținerea argumentelor expuse mai sus solicităm proba cu înscrisurile menționate în opisul de mai jos, manifestându-ne totodată disponibilitatea suplimentării probatoriului în maniera ce va fi considerată oportună de către CNSC și care se va dovedi utilă soluționării contestației.

---

[18] Anexa nr. 11 - Clarificarea nr. 4, răspunsul nr. 86 b).

[19] Anexa nr. 12 - Clarificarea nr. 3, răspunsul 12.

[20] Anexa nr.13 - Clarificarea nr. 4, răspunsul 83.

Cu deosebită considerație,

reprezentant împuternicit

OPIS

al documentelor depuse de către societate în susținerea contestației

Anexa nr. 1 - Adresa nr. 92/81486 din data de 20.10.2017.

Anexa nr. 2 – Dovada transmiterii Notificării prealabile împotriva rezultatului procedurii de atribuire.

Anexa nr. 3 - Scrisoarea nr. 12B/6644/26.08.2017.

Anexa nr. 4 - Anexa 3 la Formularul nr. 8.

Anexa nr. 5 - Procesul verbal nr. 9.

Anexa nr. 6 – Angajamentul – Declarația emisă de .

Anexa nr. 7 – Clarificarea nr. 3, răspunsul 53.

Anexa nr. 8 - Extras din comunicarea rezultatului procedurii de atribuire emis de CNAIR.

Anexa nr. 9 – Extras din Sentința civilă nr. 4124 din data de 28.06.2017, pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. 9657/3/2017.

Anexa nr. 10 – Procesul Verbal nr. 8.

Anexa nr. 11 - Clarificarea nr. 4, răspunsul nr. 86 b).

Anexa nr. 12 - Clarificarea nr. 3, răspunsul 12.

Anexa nr.13 - Clarificarea nr. 4, răspunsul 83.