



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 242/C10/5,185

Data: 01.02.2023

Prin contestația nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6/03.01.2023, depusă de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING), cu sediul în București, str. Istriei nr. 4, bl. 21E, sc. 1, et. 1, ap. 9, sector 3, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/7228/1998, având cod unic de înregistrare RO RO 10814774, lider al Asocierii GMP ADVERTISING SRL- WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, reprezentată legal prin administrator Tătaru Constantin Felix și convențional prin Societatea Civilă de Avocați „Ceparu și Irimia”, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, Str. Ștefan Mihăileanu nr. 11, Sector 2, privind procedura de atribuire, online, prin licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de promovare a 12 rute turistice/culturale în cadrul programului «România atractiva»”, cod CPV 79342200-5, organizată de către MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE), cu sediul în București, Str. Mendeleev D.I. nr. 36-38, Sector 1, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

1. Obligarea autorității contractante la anularea deciziei prin care oferta depusă de Asocieria TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;

2. Obligarea autorității contractante la anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior-menționate, inclusiv a Raportului procedurii de atribuire nr. 153674/19.12.2022 și a actelor subsecvente acestuia;

3. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei câștigătoare de la verificarea admisibilității acesteia,

respectiv de finalizare a procedurii de atribuire cu respectarea documentației de atribuire și a legislației achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 18/12.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 1981/12.01.2023, TERRA BUILDING S.R.L., cu sediul în Orlat, str. Noua, nr. 815, jud. Sibiu, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J32/611/2001, cod unic de înregistrare R014232426, reprezentată prin Director General BACILA ȘTEFAN MIHAI, în calitate de Lider al Asocierii TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO S.R.L., în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și urm. din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, H.G. 395/2016, art. 61 și urm. din Legea nr. 134/2010 Cod. Proc. Civ, a formulat „cerere de intervenție voluntară”, prin care a solicitat:

„1. încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu având în vedere că există un drept propriu, pe care înțelegem să îl apărăm și admiterea acesteia în considerarea prevederilor art. 61 alin. 2 din Cod proc. Civilă;

2. în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, să admită prezenta cerere ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. 3 din Cod Proc. Civilă;

3. Pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată/neîntemeiată și lipsită de interes a contestației formulate de GMP COMMUNITY S.R.L. în numele Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. și menținerea temeinică și legală a comunicării rezultatului procedurii nr. 154586/20.12.2022;

4. Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, în special la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerii tehnice și financiare, răspunsurile la solicitările de clarificări depuse în prezenta procedură de către ofertantul ASOCIEREA GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATION S.R.L. care nu au fost declarate și probate de către ofertant ca fiind confidențiale. Conform raportului procedurii publicat de către autoritatea contractantă ASOCIEREA GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. a declarat confidențial doar Tabelul centralizator ale ofertei financiare.

5. Amânarea pronunțării unei decizii în cauza supusă judecării cu un termen rezonabil, de minim 4 zile, pentru a putea formula concluzii scrise, termen care ar trebui să curgă de la momentul studierii dosarului.

6. În situația în care Consiliul va aprecia ca fiind admisibilă contestația ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., a fi obligată autoritatea contractantă și la corecta reevaluare a ofertei acestei asocieri în concordanță cu criteriile stabilite în documentația de atribuire și a prevederilor legale în materia achizițiilor publice, iar în urma reevaluării, a fi obligată autoritatea contractantă să dispună respingerea ca inacceptabilă a acestei oferte, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016. În pronunțarea asupra excepției, va rugăm sa aveți în vedere lipsa de interes a cererii noastre în cazul în care oferta ASOCIERII TERRA BUILDING S.R.L. - EVENTYA CO S.R.L este câștigătoare. ”

Prin contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3610/25.01.2023, depusă tot de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING), cu sediul în București, str. Istriei nr. 4, bl. 21E, sc. 1, et. 1, ap. 9, sector 3, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/7228/1998, având cod unic de înregistrare RO RO 10814774, lider al Asocierii GMP ADVERTISING SRL- WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, reprezentată legal prin administrator Tătaru Constantin Felix și convențional prin Societatea Civilă de Avocați „Ceparu și Irimia”, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, Str. Ștefan Mihăileanu nr. 11, Sector 2, împotriva proceselor verbale nr. 145164/05.12.2022, nr. 146865/07.12.2022, nr. 148362/09.12.2022 și nr. 150646/14.12.2022 de evaluarea a propunerii financiare prezentate de Asociera TERRA BUILDING SRL- EVENTYA CO SRL, în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, online, organizată prin licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de promovare a 12 rute turistice/culturale în cadrul programului «România atractiva»”, cod CPV 79342200-5, de către MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE), cu sediul în București, Str. Mendeleev D.I. nr. 36-38, Sector 1, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat: „anularea actelor contestate și pe cale de consecință, anularea deciziei prin care oferta depusă de Asociera TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO S.R.L. a fost declarată admisibilă și câștigătoare și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei respective de la etapa verificării conformității propunerii financiare”.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestații au fost conexe.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

1. În ceea ce privește contestația nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 6/03.01.2023, depusă de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING).

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, a depus oferta societatea GMP COMMUNITY (fostă GMP ADVERTISING prin schimbarea denumirii) a depus ofertă comună în asociere cu WEBSTYLER SRL și GMP PUBLIC RELATIONS SRL, cu respectarea cerințelor obligatorii din cuprinsul documentației de atribuire.

Astfel, contestatorul arată că, conform Raportului procedurii de atribuire nr. 153674/19.12.2022, oferta sa a fost declarată admisibilă dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, câștigătoare fiind declarată oferta depusă de Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL.

Contestatorul consideră, precum va demonstra în continuare, că se impunea ca oferta concurentă să fie respinsă din procedura de atribuire,

acestea prezentând numeroase deficiențe care se încadrează în motivele de excludere și de inadmisibilitate prevăzute de lege.

Cu titlu preliminar, contestatorul invocă dispozițiile legale relevante și jurisprudența constantă a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) și a instanțelor de judecată prin care se statuează caracterul obligatoriu al documentației de atribuire atât pentru ofertanți cât și pentru entitatea contractantă în evaluarea.

În opinia contestatorului, relevantă în acest sens este hotărârea pronunțată în cauza CJUE C-27/151 (Cauza Pippo-Pzzo, pct. 59), din care citează: *„Astfel conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:O:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”.*

I. *Cu privire la necesitatea excluderii ofertei câștigătoare*, contestatorul învederează faptul că, urmare a studiului de dosar al achiziției publice, a constatat conduita criticabilă a ofertantului Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL care, de rea-credință, a omis să furnizeze autorității contractante informații transparente privind potențiala incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul consideră că, liderul de asociere TERRA BUILDING SRL a ascuns în mod voit existența documentului constatator nr. 14205/24.02.2022 publicat în SEAP de Primăria Municipiului Sibiu din care rezultă, în mod neîndoielnic, neîndeplinirea culpabilă a obligației esențiale de executare a lucrărilor în termenele contractuale asumate, respectiv nerespectarea graficului de lucrări, fapt care a determinat aplicarea de daune - interese constând în penalități de întârziere în cuantum de 17.340,97 lei.

La soluționarea criticii care vizează excluderea din procedura de atribuire, contestatorul învederează faptul că, potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), obligația autorității contractante de a exclude un operator economic de la participarea la o procedură de achiziție publică este menită în mod special să îi permită acesteia să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre operatorii economici. Astfel, reglementarea legislativă a motivelor de excludere a avut în vedere un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător al contractului în cauză și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea primului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de cel de al doilea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Tim, C-395/18, punctul 41).

Astfel, contestatorul subliniază faptul că, emiterea unui document constatator negativ care constată încălcarea obligațiilor dintr-un contract de achiziție publică determină obligația unui operator economic de a declara în mod transparent situația respectivă, astfel încât să permită comisiei de evaluare să aprecieze dacă este incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, contestatorul arată că, din verificarea informațiilor publicate pe portalul instanțelor de judecată nu a regăsit niciun litigiu care să vizeze respectivul document constatator sau sancțiunea aplicării penalităților de întârziere aferente Contractului de lucrări nr. 177/24.12.2019 încheiat cu Primăria Sibiu. Prin urmare, contestatorul susține că, documentul în discuție nu a fost anulat sau suspendat de către instanța competentă, motiv pentru care este valabil, se bucură de prezumția de legalitate și își produce efectele, în sensul că în cuprinsul acestuia este consemnată neîndeplinirea unui contract de achiziție publică și aplicarea de daune-interese.

În contextul dat, raportat la constatarea unor încălcări culpabile a obligațiilor contractuale anterioare care au determinat aplicarea de penalități de întârziere din culpa antreprenorului, contestatorul apreciază ca fiind lipsită de veridicitate declarația pe propria răspundere a TERRA BUILDING din cuprinsul DUAE în sensul că nu se încadrează în nici un motiv de excludere.

Din această perspectivă, contestatorul apreciază că este relevantă Decizia CNSC publicată în B02018_7117: *„Competența Consiliului, în situația data, este de a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei asocierii, respectiv dacă aceasta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de situația expusă în acesta. Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, situație în care, în cazul asocierii, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art.167 alin.1 lit. g din Legea nr.98/2016.”*

Astfel, în lipsa unei hotărâri judecătorești prin care să fi fost suspendat și/sau a unei hotărâri judecătorești definitive prin care să fi fost anulat, contestatorul arată că, un document constatator se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate și produce la acest moment toate efectele juridice în vederea cărora a fost emis, efectele sale juridice neputând fi înlăturate sau ignorate de comisia de evaluare.

Așadar, având în vedere că neîndeplinirea obligațiilor contractuale a fost anterioară elaborării DUAE de către TERRA BUILDING, contestatorul consideră că este incident inclusiv motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”*.

Contestatorul subliniază faptul că, raportat la solicitarea expresă din DUAE (Partea III Motive de Excludere, Pct. C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale) de a declara dacă *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractanta sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior”*, TERRA BUILDING avea obligația de a indica în DUAE

existența unor astfel de situații și de a prezenta argumentele pentru care apreciază că motivul de excludere în discuție nu îi este aplicabil.

Mai mult, în partea VI „Declarații Finale” din DUAЕ, se menționează următoarele: *„Operatorul economic declara ca informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus SUNT EXACTE ȘI CORECTE și ca au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false ”*

Or, contestatorul apreciază că este indiscutabil faptul că nu toate informațiile din DUAЕ ERAU EXACTE ȘI CORECTE din moment ce TERRA BUILDING se afla într-o situație în care a avut loc o neîndeplinire din culpă (menționată expres de către Primăria Sibiu) a unei obligații contractuale esențiale dintr-un contract de achiziție publică (nerespectarea termenului de execuție a lucrărilor) și au fost impuse daune- interese (penalități de întârziere).

În condițiile date, având în vedere că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că, DUAЕ reprezintă o declarație pe propria răspundere în care ofertantul are obligația să prezinte situația reală a operatorului economic, este evident că TERRA BUILDING a făcut declarații false, omițând cu bună știință să prezinte documentul constatator emis de Primăria Sibiu și să completeze în mod corespunzător DUAЕ.

Mai mult, contestatorul apreciază că, argumentația este susținută și de prevederile Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 05.01.2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic care în Anexa 1 „Instrucțiuni” prevede:

„DEAU consta într-o declarație pe propria răspundere a operatorilor economici, care prezintă dovezi preliminare și înlocuiește certificatele eliberate de autoritățile publice sau de părți terțe. În conformitate cu articolul 59 din Directiva 2014/24/UE, acest document este o declarație oficială a operatorului economic potrivit căreia nu se află într-una dintre situațiile în care operatorii economici sunt sau pot fi excluși. [...]

Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci când au completat DEAU sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative”.

Contestatorul arată, astfel cum rezultă din Regulamentul Comisiei, că prin această declarație pe propria răspundere - DUAЕ, operatorul economic prezintă dovezi preliminare cu privire la situația sa. În cazul de față, TERRA BUILDING a declarat în mod oficial că nu se află în situația reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deși existau abateri de la obligațiile contractuale (nerespectarea termenelor contractuale) și consecințe ale acestora (plata de daune- interese). Astfel, contestatorul susține că „în deplină cunoștință de cauză, TERRA BUILDING a făcut susțineri false într-o declarație oficială pe propria răspundere menită să producă efecte - să fie declarat admis ofertantul.”

Se arată că, potrivit Hotărârii OUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în

terneiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2014, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura *Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodztwo tādskie*, s-a reținut printre altele că:

[...] „un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații [...].

Pentru a considera candidatul ofertant ca fiind „grav vinovat” în sensul dispoziției menționate și a-l exclude astfel de la un contract de achiziții publice, este suficient ca acesta să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinanta asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice [...].

Or, după cum reiese din decizia de trimitere, declarațiile și informațiile furnizate de operatorul economic în cauză au influențat într-adevăr rezultatul procedurii de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal. Astfel, potrivit *Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs)*, *Konsultant Komputer* a câștigat cererea de ofertă tocmai pe baza acestor declarații și a acestor informații.”

În ceea ce privește eventuala aplicare a prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind potențialele măsuri de demonstrare a credibilității, contestatorul arată că acestea nu vor mai putea fi avute în vedere în ipoteza reevaluării ofertei câștigătoare raportat la atitudinea lipsită de sinceritate a TERRA BUILDING.

Astfel cum s-a reținut în mod constant în practică, contestatorul arată că, nu mai este permisă aplicarea excepției de la excludere atunci când operatorul economic nu a fost sincer, ascunzând în mod voluntar comisiei de evaluare potențialul motiv de excludere.

De asemenea, se arată că, practica administrativ-jurisdicțională și judiciară este constantă și în sensul sancționării prin excludere a operatorilor economici care nu aduc la cunoștința autorităților contractante potențiala situație de excludere, respectiv nu completează în mod real și complet DUAЕ:

➤ Decizia CNSC nr. 845/C2/798 din data de 29.05.2019: „*Situația creată prin redepunerea DUAЕ revizuit ... echivalează cu o recunoaștere a faptului că prin intermediul DUAЕ inițial depus în cadrul ofertei, acesta a făcut o declarație neconformă cu realitatea, împrejurare sancționată cu excluderea ofertantului potrivit art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016*”.

=> Decizia 1492/R din 04.09.2018, Curtea de Apel Târgu Mureș: „*prin modul în care a completat DUAЕ a evitat sancțiunea excluderii din procedură de către Comisia de evaluare, în raport de prevederile legale anterior indicate, dar și urmarea procedurii administrativ-jurisdicționale/judiciare. Indiferent de aprecierea proprie a acesteia [...] avea obligația clară de a declara existența acestor acte și de a-și asuma posibilitatea de a fi exclusă din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte. O asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal, în sensul art. 2 din Legea 99/2016*”.

Totodată, contestatorul apreciază că trebuie avută în vedere inclusiv jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene prin care s-a statuat că menționarea unor aspecte false în documentele procedurii este suficientă în sine pentru a atrage respingerea ofertantului. Mai mult, se redă cu titlu de exemplu, Hotărârea Esaprojekt (pronunțată la data de 4 mai 2017 în Cauza C-387/14), în care Curtea a considerat că nu era necesar caracterul intenționat al declarației false, fiind suficient ca operatorul să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice.

În opinia contestatorului, relevantă este și Hotărârea pronunțată de CJUE la 20 decembrie 2017 în Cauza C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani, speța în care, ofertantul nu menționase în oferta sa informația referitoare la situația penală a unui administrator condamnat pentru diferite infracțiuni, iar Curtea a considerat că o asemenea împrejurare era suficientă pentru a exclude ofertantul de la procedură de atribuire.

În condițiile date, având în vedere gravitatea abaterii constând în lipsa de transparență a ofertantului câștigător, contestatorul solicită a se constata ca fiind necesară și proporțională o decizie de aplicare a măsurii de excludere raportat la incidența motivului prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în acord cu practica anterior menționată, atitudinea lipsită de transparență și sinceritate a operatorului economic care a ascuns în mod conștient existența unui motiv de excludere, ce afectează în mod iremediabil încrederea autorității contractante în credibilitatea societății TERRA BUILDING SRL, ipoteză în care, contestatorul apreciază că, „nu mai este posibilă adoptarea unor eventuale măsuri de auto-corectare”, sens în care s-a pronunțat și Curtea de apel Iași prin Decizia civilă nr. 684/09.09.2020 care a apreciat că nu mai poate fi aplicată excepția de la excludere în lipsa completării corespunzătoare a DUAЕ din perspectiva indicării existenței unui motiv de excludere.

II. *În ceea ce privește inadmisibilitatea ofertei câștigătoare*, contestatorul învederează faptul că:

Neîndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale

Astfel, se arată că, conform Fișei de date a achiziției, pct. III.1.1.b), ofertanții aveau obligația să dovedească capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

De asemenea, contestatorul învederează că, în cuprinsul Anunțului de participare, la rubrica II.1.4) „*Descriere succintă a contractului*” se menționează:

„Serviciile care fac obiectul prezentului contract de servicii contribuie la îndeplinirea obiectivelor definite în cadrul Investiției 1 - Promovarea celor 12 rute turistice/culturale, în cadrul Componentei 11 - Turism și Cultură, din Planul Național de Redresare și Reziliență, respectiv la:

- *Digitalizarea valorilor aferente fiecăreia dintre cele 12 rute cultural-turistice;*
- *Marcarea și semnalizarea rutei/obiectivelor incluse în cadrul fiecăreia rute turistice/culturale;*
- *Crearea unei oferte culturale integrate prin activitățile de*

promovare ofertate; Promovarea rutelor atât online, cât și offline la nivel național și internațional.”

Mai mult, în Fișa de date a achiziției, la pct. II.2.4 „Descrierea achiziției publice”, se precizează următoarele activități:

„Promovare a 12 rute turistice/culturale, incluzând cele 306 obiective situate de-a lungul acestora; după cum urmează:

- Ruta castelelor - aproximativ 30 de obiective;
- Ruta curiilor din Transilvania - aproximativ 25 de obiective;
- Ruta culelor - aproximativ 15 obiective;
- Traseul gastronomiei tradiționale românești - aproximativ 30 de obiective;
- Ruta bisericilor fortificate - aproximativ 20 de obiective;
- Ruta bisericilor de lemn - aproximativ 30 de obiective;
- Ruta mănăstirilor din zona Moldovei - aproximativ 30 de obiective;
- Ruta Sfântul Ladislau pe teritoriul României - aproximativ 20 de obiective;
- Ruta castrelor romane ~ aproximativ 20 de obiective;
- Ruta cetăților-aproximativ 30 de obiective;
- Refacerea peisajului cultural din Delta Dunării în vederea creșterii atractivității zonei - aproximativ 36 de obiective;
- Ruta satelor cu arhitectură tradițională - aproximativ 20 de obiective.

Activități referitoare la dezvoltarea și asigurarea funcționării instrumentului software pentru promovarea digitală a celor 12 rute turistice/culturale, respectiv a platformei „România atractivă”

Activitatea 1.1: Analiza situației existente;

Activitatea 1.2: Definierea conținutului-cadru, a funcțiilor; a cerințelor tehnice și a performanțelor operaționale ale platformei/ aplicației "România atractivă";

Activitatea 1.3: Dezvoltarea platformei, a aplicației digitale și a website-ului, testarea și punerea în funcțiune a acestora;

Activitatea 1.4: Asigurarea spațiului virtual pentru stocarea datelor și pentru accesarea online a acestora;

Activitatea 1.5: Asigurarea funcționalității aplicației pe durata contractului și în perioada de garanție de 5 ani de la finalizarea contractului;

Activitatea 1.6: Instruirea administratorului și a operatorilor platformei/ aplicației "România atractivă".

- Servicii de creare de conținut, digitalizare; marcare și semnalizare a celor 12 rute turistice/culturale

Activitatea 2.1: Analiza situației existente pentru cele 306 de obiective care fac obiectul serviciilor de creare de conținut, digitalizare, marcare și semnalizare din cadrul celor 12 rute turistice/culturale;

Activitatea 2.2: Documentarea și prelucrarea informațiilor în legătură cu fiecare dintre cele 306 de obiective care fac obiectul serviciilor de creare de conținut; digitalizare, marcare și semnalizare din cadrul celor 12 rute turistice/culturale;

Activitatea 2.3: Marcarea și semnalizarea locală a fiecăruia dintre cele 306 de obiective care fac obiectul serviciilor de creare de conținut,

digitalizare, marcare și semnalizare din cadrul celor 12 rute turistice/culturale.

- Promovarea platformei/ aplicației „România atractivă” și a celor 12 rute turistice/culturale în mediul online și offline în vederea atingerii unui anumit număr minim de utilizatori definit de Prestator împreună cu MIPE (înregistrați până la sfârșitul contractului de servicii) și în vederea creșterii numărului de vizitatori

Activitatea 3.1: Definirea identității vizuale a programului "România atractivă"; Sistemul Electronic de Achiziții Publice, 16.08.2022 16:46 Pagina 2 Activitatea 3.2: Promovarea rutelor turistice/culturale și a platformei la nivel național și internațional."

Așadar, contestatorul arată că, din analiza Acordului de asociere prezentat de către ofertantul câștigător reiese că liderul de asociere TERRA BUILDING va realiza 43,29% din activitățile care fac obiectul contractului, iar EVENTYA CO va asigura prestarea serviciilor în proporție de 56,71%.

Raportat la cerințele prevăzute în Fișa de date a achiziției, la pct.III.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale informației și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate”, unde s-a solicitat în mod expres ca: „Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, precum și faptul că sunt legal constituiți că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii și au capacitatea profesională de a presta serviciile (de a realiza activitățile) care fac obiectul contractului. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante; doar de către ofertantul clasat pe primul loc întocmit la finalizarea evoluării ofertelor. Aceste documente pot fi: - certificatul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/secundar, codurile CAEN aferente acestora. Certificatul Constatator trebuie să conțină informații reale/actuale la data prezentării documentului. În cazul unei oferte depusă de către o asociere, codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie să aibă corespondent pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie să reiasă că ofertanții dețin cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie să acopere întreg obiectul contractului.” și la conținutul documentelor suport prezentate de către Asociera TERRA BUILDING - EVENTYA CA, contestatorul apreciază că, se constată încălcarea flagrantă a principiului tratamentului egal prin favorizarea acesteia în condițiile în care comisia de evaluare nu a verificat cu rigoarea specifică domeniului achizițiilor publice deținerea capacității de exercitare a activității profesionale. Astfel, contestatorul consideră că „s-a omis în mod culpabil să se coroboreze informațiile din documentația de atribuire (descrierea obiectului achiziției) cu cele din acordul de asociere, respectiv certificatele constatatoare prezentate de membrii asocierii câștigătoare.”

Astfel, contestatorul consideră că este evidentă omisiunea de sesizare a faptului că liderul de asociere TERRA BUILDING nu deține în obiectul de activitate autorizat serviciile specifice care fac obiectul contractului, respectiv servicii de promovare sau celelalte activități secundare descrise în documentația de atribuire.

Mai mult, contestatorul arată că, potrivit Caietului de sarcini, codul CPV Principal care descrie obiectul contractului este 79342200-5 Servicii de promovare (Rev.2), iar codurile CPV secundare sunt:

-72212783-1 Servicii de dezvoltare de software pentru managementul conținutului

-92111250-9 Producție de filme de informare

-79961000-8 Servicii de fotografie

-44423400-5 Panouri de semnalizare și articole conexe.

Coroborând descrierea anterioară a obiectului contractului cu informațiile privind codificarea CPV, contestatorul apreciază că, reiese indubitabil faptul că obiectul, scopul și ponderea cea mai importantă din viitorul contract de achiziție publică o reprezintă activități care se încadrează în codificarea CAEN 7311 - Activități ale agențiilor de publicitate.

Contestatorul arată că, din verificarea certificatului constator emis de Registrul Comerțului pentru liderul de asociere TERRA BUILDING SRL, societate care activează în domeniul construcțiilor, reiese evident că acesta nu are autorizate activități ale agențiilor de publicitate, motiv pentru care nu poate realiza o pondere de 43,29% din obiectul contractului, astfel cum s-a angajat prin Acordul de asociere. Prin urmare, contestatorul susține că TERRA BUILDING SRL nu deține capacitatea de exercitare a activității profesionale, cerință minimă a documentației de atribuire.

Așadar, contestatorul apreciază că, pentru aceste considerente care dovedesc încălcarea de către comisia de evaluare a dispozițiilor art. 127 din HG nr. 395/2016 ce impun verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare precum și a prevederilor 137 alin. (1) lit. b) din același act normativ care prevăd sancțiunea respingerii ca inacceptabilă a unei oferte care nu respectă criteriile minime de calificare, entitatea contactantă avea obligația legală de a respinge oferta Asocierii TERRA BUILDING -EVENTYA CO raportat la incapacitatea profesională a acestui ofertant de a realiza activitățile care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică.

În concluzie, contestatorul consideră că, prin modul de evaluare a ofertei câștigătoare, comisia de evaluare a nesocotit grav imperativul respectării principiului tratamentului egal al ofertanților prevăzut de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, principiu statuat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Cu titlu de exemplu, se invocă Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhidi Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110 și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigifo, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 33. Astfel, se arată că, potrivit instanței europene, acest principiu care „reprezintă esența normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice⁴ presupune ca ofertanții să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă”(Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C-213/07,

EU:C:2008:731, punctul 45, precum și Hotărârea din 24 mai 2016, *MT Højgaard și Zublin*, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 37). Mai mult, se invocă printre altele Hotărârea din 22 iunie 1993, *Comisia/Danemarca*, C-243/89, EU:C:1993:257, punctul 33, Hotărârea din 25 aprilie 1996, *Comisia/Belgia*, C-87/94, EU:C:1996:161, punctul 51, și Hotărârea din 18 octombrie 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, punctul 33;

Prin urmare, contestatorul consideră, față de considerentele prezentate, că rezultă cu evidență superficialitatea activității de evaluare realizate de MIPE, motiv pentru care solicită admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la anularea actelor criticate și la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, urmând a se continua procedura de achiziție prin aplicarea regulilor stabilite în documentația de atribuire și în legislația incidentă.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016 și cele ale Legii nr. 98/2016, precum și ale normelor de aplicare aprobate prin HG nr. 395/2016.

În probațiune, se solicită admiterea probei cu înscrisuri și orice alte probe necesare soluționării cauzei.

Totodată se solicită, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, acces la dosarul achiziției publice aflat pe rolul Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, în vederea studierii acestuia și efectuării de copii de pe documentele necesare.

În susținere, au fost anexate:

- Raportul procedurii de atribuire;
- Documentul constatator nr. 14205/24.02.2022 emis de Primăria Sibiu;
- Împuternicirea avocațială în original prin care se face dovada mandatului convențional;
- Dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatorul a precizat că dovada constituirii cauțiunii o va prezenta în termenul reglementat de Legea nr. 101/2016.

Cu adresa nr. 5/04.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 522/05.01.2023, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația depusă de GMP COMMUNITY SRL, prin care a solicitat respingerea acesteia, ca nefondată.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC GMP COMMUNITY SRL ca nefondată, având în vedere următoarele argumente:

I. Referitor la punctul I. NECESITATEA EXCLUDERII OFERTEI CÂȘTIGĂTOARE, respectiv „*liderul de asociere TERRA BUILDING SRL a ascuns în mod voit existența documentului constatator nr. 14205/24.02.2022 publicat în SEAP de Primăria Municipiului Sibiu*” din care rezultă penalități de întârziere în cuantum de 17.340,97 lei, autoritatea contractantă consideră că ascunderea acestuia respectiv nedeclararea documentului constatator la nivelul DUAE nu poate fi considerată motiv de excludere a ofertei, având în vedere că documentul constatator se regăsește publicat în SEAP iar elementele consemnate în acesta nu sunt de natură a

determina aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare:

"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 de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;"

„(...) alin. (8) în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformi tați majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.”

Astfel, autoritatea contractantă susține că, din documentul constatator nr. 14205/24/02/2022 rezultă, conform punctului 7 calitatea foarte bună a lucrărilor executate și respectarea clauzelor contractuale, iar conform punctului 9 îndeplinirea corespunzătoare a contractului. De altfel, autoritatea contractantă apreciază că din conținutul documentului constatator, rezultă o bună conduită a operatorului economic cu privire la îndeplinirea contractului 177/2019.

Referitor la afirmația contestatorului conform căreia din conținutul documentului constatator rezultă *"în mod neîndoielnic neîndeplinirea culpabilă a obligației esențiale de executare a lucrărilor în termenele contractuale asumate, respectiv nerespectarea graficului de lucrări, fapt care a determinat aplicarea de daune-interese"*, autoritatea contractantă consideră că aceasta este nefondată, întrucât singura precizare care se regăsește în documentul citat este cea referitoare la perceperea unor penalități conform unui acord pentru stingerea reciprocă a obligațiilor de plată, în suma de 17.340,97 lei.

Cu privire la încadrarea penalităților în categoria unor sancțiuni asimilabile daunelor interese, autoritatea contractantă apreciază că din formularea autorității contractante cu privire la nerespectarea termenelor contractuale, respectiv: *"S-au perceput penalități conform acord pentru stingerea reciprocă a obligațiilor de plată"*, rezultă fără echivoc existența unui acord de voință al părților cu privire la penalitățile aplicate cât și stingerea obligațiilor de plată convenite.

De altfel, autoritatea contractantă susține că, din coroborarea prevederilor art. 171 alin.(1) și alin.(3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, rezultă faptul că, și în situația existenței certe a unui motiv de excludere, operatorul economic poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, iar dovezile pe care acesta le poate furniza autorității contractante se referă inclusiv la efectuarea plății de către operatorul economic.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că perceperea penalităților de întârziere de către autoritatea contractantă conform unui acord pentru stingerea reciprocă a obligațiilor poate fi considerată măsură de remediere asumată de operatorul economic și o dovadă de credibilitate a acestuia pentru participarea la proceduri de atribuire ulterioare.

Totodată, autoritatea contractantă susține că, din analiza anunțului de atribuire nr. 1030412/13.10.2021 privind contractul nr. 177/24.12.2019, rezultă o valoare a acestuia de 14.479.669,54 lei, procentul pe care îl reprezintă penalitățile aplicate, conform informațiilor din documentul constatator, fiind de aproximativ 0,1 % din valoarea contractului. Prin urmare, astfel cum reiese și din preambulul Directivei 2014/24/UE A Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă în aplicarea motivelor de excludere, trebuie să aibă în vedere principiul proporționalității în ceea ce privește abaterea săvârșită.

Mai mult, la punctul 10 din documentul constatator autoritatea contractantă emitentă a precizat în mod explicit referitor la *"prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului"*, că nu este cazul.

Așadar, față de cele de mai sus arătate, autoritatea contractantă consideră că nu sunt incidente condițiile de aplicare a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv operatorul economic nu și-a încălcat în mod grav și/sau nici repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziție publică. Totodată, aplicarea de penalități de întârziere (plătite de către contractant, în cuantumul de 0.1 % din valoarea contractului) nu a condus la încetarea anticipată a respectivului contract și nici la plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile.

Referitor la susținerea contestatorului cu privire la incidența motivului de excludere prevăzut la art. 167 lit. h), respectiv *"operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate"*, autoritatea contractantă consideră că acesta nu poate fi aplicabil având în vedere că informațiile sunt publicate în SEAP iar situația ce rezultă din documentul constatator nu poate fi încadrată în descrierea aferentă punctului C din DUAE respectiv *"Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?"*, astfel cum s-a motivat în cele de mai sus arătate.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază nefondată solicitarea formulată în contestație la punctul I. *Necesitatea excluderii ofertei câștigătoare*, conform art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016, ca urmare a faptului că liderul de asociere TERRA BUILDING SRL a ascuns în mod voit existența documentului constatator nr. 14205/24.02.2022 publicat în SEAP de Primăria Municipiului Sibiu.

II. Referitor la punctul II. *Inadmisibilitatea ofertei câștigătoare*, autoritatea contractantă menționează următoarele:

Astfel, se arată că, conform prevederilor Fișei de date referitoare la III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritatea

contractantă a formulat următoarea cerință: *"Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, precum și faptul că sunt legal constituiți, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii și au capacitatea profesională de a presta serviciile (de a realiza activitățile) care fac obiectul contractului. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi: - certificatul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/secundar, codurile CAEN aferente acestora. Certificatului constatator trebuie să conțină informații reale/actuale la data prezentării documentului. În cazul unei oferte depuse de către o asocieră, codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie să aibă corespondență pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie să reiasă că ofertantul deține cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie să acopere întreg obiectul contractului".*

Autoritatea contractantă arată că, la nivelul propunerii tehnice prezentate de către Asocieră TERRA BUILDING S.R.L. (lider) și EVENTYA CO S.R.L. (declarată justificat ca fiind confidențială conform Formularului nr. 5 și documentelor anexate acestuia), respectiv informațiilor cu privire la *alocarea sarcinilor între asociați* (pag. 11), operatorul economic TERRA BUILDING SRL are responsabilitatea realizării unei activități care nu necesită înregistrarea codului CAEN 7311 - Activități ale agențiilor de publicitate menționat de contestator. Mai mult, autoritatea contractantă arată că, codurile CAEN ce rezultă din Certificatul constatator nr. 1148454/23.11.2022 emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru SC TERRA BUILDING S.R.L., respectiv 4399 - Alte lucrări speciale de construcții nca, 4211 - Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor și 4299 - Lucrări de construcții a altor proiecte ingineresti, menționate în anexa nr. 1 la procesul verbal nr. 152096/15.12.2022 privind analiza documentelor suport DUAЕ corespund realizării activității de care va fi responsabilă societatea în cauză, în cadrul contractului, în conformitate cu prevederile legale și a cerințelor formulate la nivelul documentației de atribuire.

Ca atare, autoritatea contractantă consideră că afirmația contestatorului că *"TERRA BUILDING SRL nu deține capacitate de exercitare a activității profesionale, cerință minimă a documentației de atribuire"* este în mod vădit neîntemeiată, comisia de evaluare respectând în totalitate în procesul de evaluare a ofertei prevederile documentației de atribuire.

Astfel, invocarea deciziei CJUE C-27/151 ca temei pentru fundamentarea criticilor aduse de contestator autorității contractante cu privire la modul de evaluare a ofertei câștigătoare nu se susține, autoritatea contractantă respectând întocmai în procesul de evaluare a ofertelor criteriile pe care ea însăși le-a stabilit prin documentația de atribuire.

În ceea ce privește afirmația contestatorului *"comisia de evaluare a nesocotit grav imperativul respectării principiului tratamentului egal al ofertanților"*, autoritatea contractantă consideră că aceasta este în mod evident eronată, dat fiind faptul că verificarea documentelor suport DUAЕ (capetele de cerere din contestație vizând acest aspect) a fost făcută pentru ofertantul clasat pe primul loc în conformitate cu prevederile fișei de date respectiv *"Documentele care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc, la finalizarea evaluării ofertelor"*, aspectele învederate în legătură cu respectarea principiului tratamentului egal față de ceilalți ofertanți fiind irelevante, verificarea documentelor depuse de ofertantul respectiv făcându-se raportat la prevederile documentației de atribuire.

Deciziile CNSC 845/C2/798/29.05.2019 și cea publicată în B02018_7117, respectiv Deciziile Curții de Apel Târgu Mureș nr. 1492/04.09.2018 și Curții de Apel Iași nr. 684/09.09.2020 citate de contestator nu sunt relevante, în opinia autorității, pentru speța în cauză și nu pot fi reținute ca temei în susținerea capetelor de cerere având în vedere argumentele mai sus prezentate.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că, susținerile contestatorului privind respingerea ofertei declarate câștigătoare sunt nefondate, iar contestația nu este întemeiată în tot ceea ce privește capetele de cerere formulate, întrucât nu există fundament pentru acceptarea solicitărilor formulate, respectiv:

„1. Obligarea autorității contractante la anularea deciziei prin care oferta depusă de Asociera TERRA BUILDING S.R.L. - EVENTYA CO S.R.L. a fost declarată admisibilă și câștigătoare;

2. Obligarea autorității contractante la anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior-menționate, inclusiv a Raportului procedurii de atribuire nr. 153674/19.12.2022 și a actelor subsecvente acestuia;

3. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei câștigătoare de la verificarea admisibilității acesteia, respectiv de finalizare a procedurii de atribuire cu respectarea documentației de atribuire și a legislației achizițiilor publice;"

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de acces la dosarul achiziției, autoritatea contractantă face precizarea că ofertele au fost declarate confidențiale de către ofertanți (conform mențiunilor din Raportul procedurii), fapt pentru care autoritatea contractantă a asigurat accesul contestatorului la exclusiv la documentele solicitate prin adresa nr. 200/21.12.2022, care nu au fost declarate confidențiale, conform adresei de răspuns a autorității contractante nr. 155900/22.12.2022. Astfel, autoritatea precizează că în procesele verbale întocmite de autoritatea contractantă și anexele la acestea sunt menționate elemente din cadrul propunerilor tehnice și financiare declarate confidențiale, fapt pentru care, a fost asigurat accesul la acele părți din cadrul proceselor verbale care nu conțineau aspecte referitoare la elementele declarate confidențiale.

În susținere, a fost atașată copia dosarului achiziției publice în format electronic (compus din dosarul achiziției generat în SEAP și înscrisurile din dosarul fizic care nu se regăsesc în SEAP).

Anexe: Dovada comunicării punctului de vedere către contestator; Copie a dosarului achiziției publice în format electronic, Anunțul de atribuire nr. SCNA 1030412/2021 privind contractul nr. 177/2019 (Autoritate contractantă - Primăria Municipiului Sibiu) .

Cu adresa nr. 3104/10.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 1431/10.01.2023, MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE), în calitate de Autoritate contractantă, a formulat, „completare punct de vedere” la contestația formulată de SC GMP COMMUNITY SRL - RO 10814774 (fostă GMP ADVERTISING SRL), reprezentată convențional de SCPA „Ceparu și Irimia”, prin care, în susținerea respingerii contestației ca nefondată, a învederat Consiliului și următoarele argumente:

I. Referitor la punctul I. NECESITATEA EXCLUDERII OFERTEI CÂȘTIGĂTOARE, respectiv *„liderul de asociere TERRA BUILDING SRL a ascuns în mod voit existența documentului constatator nr. 14205/24.02.2022 publicat în SEAP de Primăria Municipiului Sibiu”* din care rezultă penalități de întârziere în cuantum de 17.340,97 lei, autoritatea contractantă consideră că:

Asocierea TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL a depus în cadrul procedurii de atribuire DUAЕ, în conținutul căruia a declarat în mod corect, la secțiunea aferentă, că nu se află în situația reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Mai precis, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, *„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 de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;”*

Potrivit prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, *„operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;”*

Astfel, contrar celor invocate de contestator, autoritatea contractantă arată că, documentul constatator cu nr. 14205/24.02.2022 (invocat de contestator) emis de către Primăria Municipiului Sibiu referitor la prestația TERRA BUILDING SRL din cadrul contractului de lucrări cu nr. 177/24.12.2019, conține următoarele mențiuni, pe care în completarea informațiilor transmise inițial, le citează integral:

„pct. 7 - Criterii de evaluare a modului de îndeplinire a contractului:

- a. Calitatea lucrărilor - foarte bună*
- b. Clauzele contractuale au fost respectate: - Da*
- c. Organizarea, conducerea și executarea lucrărilor: - bună*
- d. Întocmirea documentelor necesare derulării corespunzătoare a contractului: - foarte bună;*

(...)

*pct. 9 - Contractul a fost îndeplinit în mod corepunzător - Da
Dacă NU, Motivatie/motivatii:*

(...)

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii /executare lucrări:

din culpa contractantului: conform prevederilor articolului 12.1 din contractul de execuție de lucrări. S-au perceput penalități, conform acord pentru stingerea reciprocă a obligațiilor de plată, în suma de 17.340, 97 lei.

(...)

f) rezilierea contractului: NU

pct. 10- Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibilă cuantificarea valorică a acestora); Nu este cazul".

Se arată că, conform prevederilor art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: „în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract."

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că documentul constatator în cauză indică în mod evident că NU sunt întrunite condițiile cumulative de aplicare a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) și cu atât mai puțin a lit. h), din Legea nr. 98/2016, întrucât potrivit acestui document, TERRA BUILDING SRL NU și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de lucrări cu nr. 177/24.12.2019, condiție esențială pentru invocarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și, în acest fel, NU a produs încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că, este clar, în aceste condiții, că Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL a declarat corect în DUAЕ, la secțiunea aferentă, că nu se află în situația reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, astfel încât nu pot fi invocate prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 în cazul de față. Mai mult, se arată că, potrivit art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege." Or, având în vedere informațiile din documentul constatator cu nr. 14205/24.02.2022, autoritatea susține că rezultă în mod evident că nu sunt întrunite condițiile cumulative de invocare și aplicare a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în cazul de față, așadar comisia de evaluare a procedat corect neexcluzând din procedură Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL, în baza acestor prevederi.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, și în circumstanțele de față, în care nu pot fi invocate evident prevederile art. 167 alin. (1) lit. (g) lit

(h) din Legea nr. 98/2016, din motivele fără echivoc precizate anterior, documentul constatator cu nr. 14205/24.02.2022 indică la pct. 9 lit. b) măsuri suficiente care demonstrează în concret credibilitatea TERRA BUILDING SRL, chiar dacă, după cum a menționat anterior, nu există motive de excludere.

Autoritatea contractantă subliniază că raționamentul și abordarea de mai sus sunt susținute de practica constantă a Consiliului, fapt pentru care enumeră cu titlu de exemplu deciziile disponibile spre consultare publică, în Buletinul Oficial, cu nr. B02020J1492, B02020J1641, BO 2020_2369 și B02022_360, din care prezintă extrase cu paragrafele relevante:

B02020J 1492

„În ceea ce privește cel de-al doilea motiv invocat de contestator, analizând conținutul certificatelor constatatoare invocate de SC SRL documentul constatator nr. 958/21.12.2017 și Documentul constatator 400/13.07.2017, ambele emise de), Consiliul constata, fara niciun dubiu, ca niciunul dintre acestea nu poate constitui motiv de excludere a ofertantului în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, potrivit caruia: „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile (8) în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

Din lectura celor doua documente constatatoare reiese deosebit de clar ca nu este întrunită situația vreunei încălcări grave sau repetate a obligațiilor principale ce-i reveneau operatorului economic în cadrul unui contract de achiziții publice.

In cazul Documentului constatator nr. 958/21.12.2017 emis în urma derulării Contractului nr. 390/11.10.2017 în valoare de 21.329,73 lei cu o durată de 2 luni, nu sunt mentionate abateri de la calitatea serviciilor, nici litigii sau rezilierea contractului, pentru nerespectarea termenelor contractuale fiind executată garanția de bună execuție în valoare de 1.066,49 lei, aceasta fiind o chestiune minora neechivalenta cu plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

In cazul Documentului constatator nr. 400/13.07.2017, Consiliul constata că în SEAP contractul apare ca fiind îndeplinit corespunzător fără prejudicii sau pagube, nerespectarea termenelor fiind penalizata contractual.

In mod evident, niciunul dintre cele doua documente constatatoare nu descrie vreo situatie in care operatorul economic sa se gaseasca in situatiile descrise la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu este întrunita nici situația nedeclarării unei situații de potențială excludere și prin urmare

decizia autoritatii contractante de a nu pune nici macar in discutie excluderea ofertantului pe acest motiv este perfect întemeiata.”

B02020_11641

„Raportat la prevederile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, se apreciază că executarea cu întârziere a lucrărilor nu poate fi considerată o neexecutare a contractului și/sau executarea unor lucrări cu neconformități majore, în condițiile în care lucrările executate au fost recepționate de către beneficiar, după cum rezultă din documentul constatator cap. 6 (procese verbale de recepție nr. și nr.).

In situația în care lucrările nu ar fi fost finalizate/executate sau ar fi existat neconformități majore, în mod evident nu ar fi fost încheiate procesele-verbale de recepție la terminarea lucrărilor.

Întârzierea lucrărilor nu poate fi considerată o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor principale care îi reveneau ofertantului sus menționat în cadrul contractului, câtă vreme lucrările au fost încheiate și recepționate de către beneficiar. Nu s-a relevat vreo împrejurare care să se constituie într-o conduită contractuală «gravă» sau având caracter repetat, astfel că aceste aspecte nu pot constitui temei de incidență a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, cu atât mai mult cu cât însăși entitatea contractantă este emitentul acestui document.

(.....)

Ca și în cazul documentului constatator precedent, nu se poate susține o neexecutare a contractului în condițiile în care lucrările au fost finalizate și recepționate. De asemenea, nu rezultă încălcarea gravă a obligațiilor principale ce-i reveneau ofertantului menționat în cadrul contractului, neexecutarea lucrărilor ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic, așa cum impune art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.”

B02020_11942

„Referitor la documentele constatatoare în discuție, Consiliul reține în soluționare următoarele aspecte relevante:

-documentul constatator nr. 2/8235/02.04.2019 a fost emis de beneficiarul DRDP Iași, în legătură cu contractul nr. 122/04.11.2015, aferent acordului- cadru având ca obiect " ". Potrivit cap. 8 din documentul constatator, SC ...SRL „nu a respectat termenele contractuale de livrare pentru cantitatea de 40 t clorură de calciu”, creând astfel un prejudiciu în valoare de 10.712,50 lei, fapt care nu a condus însă la rezilierea contractului (a se vedea cap. 8 lit. f) din documentul constatator).

-documentul constatator nr. 2/11017/23.04.2019, emis de același beneficiar, DRDP Iași, în legătură cu contractul nr. 116/26.10.2015, aferent acordului- cadru având ca obiect „....”. Potrivit cap. 8 din documentul constatator, „(....) pentru comanda nr. 2/31712/10.12.2015 de aprovizionare conform art. 102.1.2 - aprovizionarea cu materiale componente pentru plombarea gropilor pe vreme rece - 40 t. prestatorul (SC ... SRL, n.n.) a onorat parțial această comandă, respectiv a livrat cantitatea de 24 t mixtură stocabilă”. Astfel, acesta a creat un prejudiciu în valoare de

13.778,22 lei, însă contractul nu a fost reziliat (a se vedea cap. 8 lit. f) din documentul constatator).

Potrivit dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: () g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. (...)

(8) în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract”, în opinia Consiliului, în situația de față nu sunt întrunite condițiile prevăzute de dispozițiile legale sus menționate, întrucât din documentele constatatoare nu rezultă că SC ... SRL și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor, nefiind vorba despre o neexecutare de contract care să fi produs prejudicii grave. Mai mult, contractele în baza cărora s-au făcut respectivele comenzi, nu au fost reziliate de către DRDP Iași, ceea ce demonstrează că beneficiarul nu a considerat că operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice.

Este adevărat că ofertantul a omis să menționeze în DUAЕ aceste documente constatatoare, însă oricum nu s-ar fi schimbat cu nimic situația, nefiind vorba despre acte aflate sub incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Onorarea parțială a unei comenzi și nerespectarea termenului de livrare pentru un material nu poate fi considerată o neexecutare a contractului așa cum prevăd dispozițiile legale citate, în situația în care serviciile aferente contractelor nu ar fi fost executate sau ar fi existat neconformități majore, s-ar fi ajuns la rezilierea acestora, lucru care însă nu s-a întâmplat. Nu s-a relevat vreo împrejurare care să se constituie într-o conduită contractuală „gravă” sau având caracter repetat, astfel că aceste aspecte nu pot constitui temei de incidență a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În opinia Consiliului, autoritatea contractantă nu se poate substitui voinței emitentului documentelor constatatoare și să aprecieze, într-un alt înțeles, mai grav, modul în care necesitățile sale au fost împlinite în urma derulării contractelor respective. Chiar dacă numărul documentelor constatatoare poate demonstra un eventual caracter de repetabilitate al încălcărilor obligațiilor contractuale, ele nu certifică existența unor consecințe similare celor enumerate de legiuitor, obligatorii pentru situația de excludere reglementată de textul de lege incident. Prin urmare, Consiliul apreciază că este neîntemeiată critica formulată de contestator sub acest aspect, urmând a fi respinsă.”

B02020J2369

„Prima critică vizează faptul că ofertantul câștigător nu a menționat în cuprinsul DUAЕ documentul constatator nr. 16.661/29.10.2019 emis de Primăria Comunei Cornetu. Conform pct. 8 din cadrul documentului constatator, SC SRL nu și-a îndeplinit corespunzător contractul, deoarece nu a respectat termenul fixat de către achizitor pentru executarea lucrărilor contractate.

Tot în cadrul documentului la pct. 8 lit. f) rezilierea contractului este bifat „NU”, iar la pct. 9 - Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora) este menționat „nu este cazul”. În speță, contractul pentru care a fost emis documentul constatator nr. 16.661/29.10.2019 nu a fost reziliat de către beneficiar (Primăria Cornetu), respectiv nu a încetat anticipat și nici nu s-a solicitat de către beneficiar plata unor prejudicii/daune interese, în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului- cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”. Prin urmare, Consiliul apreciază că documentul constatator nr. 16.661/29.10.2019 nu îndeplinește condițiile cumulative prevăzute de legiuitor prin dispozițiile legale privind excluderea din procedură, astfel că nemenționarea acestuia în cuprinsul DUAЕ nu reprezintă un motiv de respingere a ofertei depusă de SC SRL, critica urmând a fi respinsă.”

B02022J60

„Este adevărat că în formularul DUAЕ ofertatul SC SRL la secțiunea „Motive de excludere”, pct. C, a completat „NU”, însă motivul pentru care acesta a precizat acest fapt este justificat de comportamentul autorității contractante emitente a Documentului constatator nr., respectiv .

Nu poate fi reținută ca întemeiată afirmația contestatorului referitoare la faptul ofertantul SC „SRL ar fi făcut declarații false. Nemenționarea respectivului document în formularul DUAЕ nu poate fi apreciată ca fiind culpabilă, din moment ce, prin documentul nr. , a motivat emiterea Documentului constatator nr. prin faptul că, la data emiterii acestuia, nu fuseseră încasate penalitățile de întârziere (în sumă de doar 53 lei, întârzierea la furnizarea produsului fiind de aproximativ 2 săptămâni).

In același înscris autoritatea emitentă mai precizează că recomandă SC SRL pentru calitatea produselor, acestea corespunzând din punct de vedere tehnic, cantitativ și calitativ, menționând totodată faptul că nu a adus prejudicii autorității contractante, iar plata penalităților a fost efectuată.”

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliu să respingă ca nefondate criticile contestatorului cu privire la aspectele de mai sus arătate.

II. Referitor la cele susținute de contestator în cadrul punctului II din contestație, și în completarea informațiilor inițiale, autoritatea contractantă

precizează că, în cadrul anunțului de participare, a solicitat în cadrul Subsecțiunii II 1.1.1) – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, următoarele: „Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, precum și faptul că sunt legal constituiți, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii și au capacitatea profesională de a presta serviciile (de a realiza activitățile) care fac obiectul contractului. (...)”

Aceste documente pot fi:

- *certificatul constatator emis de Oficiul National al Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/secundar, codurile CAEN aferente acestora. Certificatului Constatator trebuie să conțină informații reale/actuale la data prezentării documentului. În cazul unei oferte depusă de către o asocierie, codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie să aibă corespondent pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie să reiasă ca ofertanții dețin cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie să acopere întreg obiectul contractului.”*

Or, atâta vreme cât, pentru partea de contract pe care o va realiza, TERRA BUILDING SRL nu are în sarcină prestarea de servicii de promovare, fapt care reiese în mod clar din (de indicat documentul/documentele și paginile din cadrul acestuia/acestora), depus în cadrul ofertei, autoritatea contractantă susține că acest operator economic nu era obligat, conform cerinței de mai sus, să depună un certificat constatator emis de ONRC care să conțină un cod CAEN corespondent serviciilor de promovare în discuție, cum este codul CAEN 7311 - Activități ale agențiilor de publicitate, invocat de contestator.

Autoritatea contractantă arată că, în susținerea criticilor sale, contestatorul nu argumentează un fundament probatoriu real, conform prevederilor Legii nr. 101/2016, raportate la formularea unei contestații, aceste critici bazându-se pe aprecieri generale legate de ponderea de 43,29% precizată în Acordul de asocierie ca fiind în sarcina TERRA BUILDING SRL, fără a indica/demonstra, legat de subiectul respectivelor critici, ce prevedere expresă din cadrul Legii nr. 98/2016 a încălcat TERRA BUILDING SRL, prin asumarea acestui procent de participare și nici de ce nu poate realiza acest procent în condițiile date.

Astfel, scopul unei asocieri este, potrivit Legii nr. 98/2016, punerea în comun a resurselor tuturor membrilor asocierii în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, sens în care, fiecare dintre membrii asocierii trebuie să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract, or, autoritatea contractantă arată, după cum a precizat, că TERRA BUILDING SRL nu are în sarcină prestarea de servicii de promovare, această realizându-se de celalalt membru al asocierii în cauză, respectiv EVENTYA CO SRL

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă ca nefondate și criticile contestatorului cu privire la aspectele precizate și la acest punct.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că susținerile contestatorului privind respingerea ofertei declarate câștigătoare sunt nefondate, iar contestația nu este întemeiată în tot ceea ce privește capetele de cerere formulate, apreciind că nu există fundament pentru acceptarea solicitărilor formulate.

Prin adresa nr. 18/12.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 1981/12.01.2023, TERRA BUILDING S.R.L., Lider al Asocierii TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO S.R.L., în calitate de ofertant declarat câștigător, a formulat „cerere de intervenție voluntară”, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În justificarea interesului de a formula cererea de intervenție, ASOCIERII TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO S.R.L. învederează următoarele:

În principiu, litigiile se desfășoară și se soluționează strict între părțile direct implicate și nominalizate în raportul juridic, indiferent de natura procedurii (administrative-jurisdicțională sau judiciară).

Ca excepție, intervenientul arată că și, în condițiile legii, este permisă și lărgirea cadrului raportului juridic, prin participarea unor terți interesați și direct/indirect afectați de modul în care se soluționează litigiul ce se poartă între părți, din perspectiva rezultatului ce se va obține la finalul litigiului.

În materia achizițiilor publice, intervenția terților este întemeiată pe dispozițiile art. 17. alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia: *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.”*

Interesul legitim al ASOCIERII TERRA BUILDING S.R.L.- EVENTYA CO S.R.L. de a critica contestația formulată de GMP COMMUNITY S.R.L. rezultă din calitatea de participant la procedura de achiziție susmenționată, ofertant declarat câștigător, calitate în care Asocieria sa este vătămată în interesul său legitim de a încheia contractul.

Intervenientul precizează că, prin anularea rezultatului procedurii de atribuire interesul său de a se menține decizia de declarare a ofertei Asocierii ca fiind câștigătoare și implicit de a semna contractul ar fi afectat, existând posibilitatea ca, în urma admiterii contestației, să se ajungă la un alt rezultat, respectiv oferta sa să fie respinsă.

Așadar, având în vedere că interesul său este ca oferta să fie clasată pe primul loc și să se încheie contractul cu ASOCIEREA TERRA BUILDING S.R.L- EVENTYA CO S.R.L., rezultă că sunt întrunite condițiile specific interesului procesual într-o acțiune în domeniul achizițiilor publice.

În continuare, intervenientul prezintă motivele cererii de intervenție, respectiv:

În urma participării la procedura de atribuire a contractului având ca obiect "Servicii de promovare a 12 rute turistice/culturale în cadrul programului „România atractivă”, intervenientul arată că, oferta Asocierii sale a fost acceptată fiind declarată câștigătoare, iar oferta depusă de ASOCIEREA GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., a fost clasată, după aplicarea criteriului de atribuire „Cel mai bun raport calitate - preț” pe locul secund, motiv pentru care, GMP COMMUNITY S.R.L a formulat contestație, iar în cuprinsul acesteia a adus critici privind admisibilitatea ofertei sale și modul în care autoritatea contractantă a înțeles să evalueze oferta sa.

Pentru apărarea dreptului de a semna contractul și în sensul respectării principiului contradictorialității, Asocieria intervenientă arată că va prezenta, în cele ce urmează, câteva explicații punctuale privitoare la caracterul nefondat și neprobat al criticilor contestatorului.

Astfel, intervenientul arată că, analizând contestația formulată de GMP COMMUNITY S.R.L., se va observa că „aceasta este bazată pe afirmații pur tendențioase, neavenite, neîntemeiate și are o justificare pur speculativă” în ceea ce privește admisibilitatea ofertei sale și modul de evaluare a acesteia de către autoritatea contractantă.

1. Referitor la susținerea GMP COMMUNITY S.R.L. conform căreia TERRA BUILDING S.R.L. a ascuns „în mod voit” existența documentului constatator „negativ” publicat în SEAP de către Municipiul Sibiu, intervenientul solicită să se constate că aceasta este profund nefondată având în vedere că documentul a fost publicat în SEAP de către Municipiul Sibiu la data de 02.05.2022, este accesibil public, conținutul acestuia fiind vizibil atât operatorilor economici cât și autorităților contractante, iar TERRA BUILDING S.R.L. nu are posibilitatea de „a ascunde” un document publicat în SEAP de către o autoritate contractantă.

Legiuitorul impune emitentului unui document constatator o anumită procedură și includerea anumitor elemente de fond, respectiv dacă operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Astfel, documentele constatatoare sunt emise în conformitate cu prevederile art. 166 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și reprezintă acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul acestora fiind acela de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, fiind o „oglină” a unui operator economic.

Documentul constatator nr. 14205 emis de Municipiul Sibiu, în conformitate cu prevederile art. 166 antemenționat reprezintă, așadar, un act administrativ ce prezintă o situație de fapt, rolul acestuia fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea TERRA BUILDING S.R.L. de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii Municipiului Sibiu.

Intervenientul solicită a se aprecia susținerea societății contestatoare conform căreia în cuprinsul documentului constatator nr. 14205 este

consemnată neîndeplinirea unui contract de achiziție publică, fiind un document constatator „negativ” de natură a arunca asupra fiabilității ofertantului TERRA BULDING S.R.L. un dubiu care ar putea justifica excluderea sa din cadrul vreunei proceduri de achiziții publice ca fiind profund neadeverată, nesuținută și chiar tendențioasă.

Contrar opiniei GMP COMMUNITY S.R.L, intervenientul precizează că, nu orice document constatator care prevede aplicarea de penalități contractuale este un document constatator „negativ” și nu orice încălcare a obligațiilor contractuale conduce de drept, la existența unui motiv de excludere, acest lucru fiind arătat atât de prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 cât și de cele ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: „atunci cand la decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”, întrucât intenția legiuitorului nu a fost ca prevederile art. 167 alin. (1), lit. g) să fie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment dat în contextul îndeplinirii unui contract.

Astfel, Notificarea cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 emisă de Agenția Națională Pentru Achiziții Publice clarifică întocmai „potențiala” situație de excludere în care s-ar afla TERRA BUILDING S.R.L. invocată neîntemeiat de societatea GMP COMMUNITY S.R.L.:

„Astfel, pentru a fi exclus dintr-o procedura de atribuire in temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- fie sa fi incalcat in mod grav obligațiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achiziție publica, al unui contract de achiziție sectoriala sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

- fie sa fi incalcat in mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achiziție publica, al unui contract de achiziție sectoriala sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, si, in același timp, respectivele incalcati sa fi condus:

-fie la încetarea anticipata a respectivului contract,

-fie la plata de daune-interese,

- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele doua mentionate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situatii de excludere, este suficienta îndeplinirea uneia dintre condițiile mentionate in prima teza a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile mentionate in teza a doua, nefiind necesara îndeplinirea cumulativa a tuturor condițiilor prevăzute in prima teza, respectiv a tuturor celor prevăzute in a doua teza."

In același timp, art. 167 alin (8) din aceeași Lege aduce lămuriri asupra modului in care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete: „In sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se considera încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrari care prezintă neconformitati majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute in contract".

Or, intervenientul apreciază că, din analiza documentului constatator nr. 14205 se poate concluziona, fără echivoc, că cele două concluzii cumulative din lege nu sunt îndeplinite.

Condițiile cumulative arătate mai sus sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care înlătură măsura excluderii din procedură, art. 171 instituind astfel, o excepție de la regula respingerii ofertei, fiind suficient ca operatorul să-și dovedească credibilitatea.

Notificarea cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 emisă de Agenția Națională Pentru Achiziții Publice clarifică în detaliu și natura dovezilor ce pot fi furnizate în situația penalităților aplicate conform clauzelor contractuale, adică tocmai situația consemnată în documentul constatator nr. 14205 în discuție:

„Un prim aspect care trebuie clarificat în legătură cu situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări vizează situația în care un contract conține clauze de aplicare a unor penalitati pentru incalcarea anumitor obligații.

In acest caz, aplicarea de penalitati conform clauzelor contractuale, in cadrul unui contract de achiziții publice/sectoriale/de concesiune, aduce operatorul economic in cauza in situatia de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 numai in masura in care neindeplinirea obligațiilor respective/intârzierea în îndeplinirea acestora reprezintă o abatere grava sau in cazul in unor abateri/intarzieri repetate.

In același timp, este important de subliniat ca legea permite acceptarea in procedura a unui operator economic aflat in situatia de excludere care face obiectul prezentei Notificări in cazul in care acesta poate furniza dovezi prin care sa arate ca a luat masuri suficiente pentru a-si demonstra in concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalitatilor sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plata a despăgubirilor in ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate”.

Așadar, având în vedere prevederile legale citate anterior, intervenientul apreciază că este evident că documentul constatator nr. 14205 emis de către Municipiul Sibiu la data de 24.02.2022 și publicat în SEAP la data de 02.05.2022 NU îndeplinește condițiile necesare pentru a fi considerat un document constatator „negativ”, care să arunce vreun dubiu asupra fiabilității sale, nu poate sta la baza unei decizii de excludere a ofertei sale dintr-o procedură de achiziții publice, ci reprezintă tocmai dovada credibilității ofertantului TERRA BUILDING S.R.L.

Rolul verificărilor efectuate de o autoritate contractantă în procesul de calificare este acela de obținere a unor elemente de probă adecvate, ca membrii comisiei de evaluare să poată aprecia, în cunoștință de cauză, asupra riscurilor care ar putea decurge din atribuirea contractului unui operator economic a cărui integritate sau fiabilitate este îndoielnică.

Or, în nicio procedură de achiziții publice nu există vreun risc care ar putea decurge din atribuirea contractului TERRA BUILDING S.R.L. din considerentele expuse în cele ce urmează.

În cuprinsul documentului constatator, autoritatea emitentă MUNICIPIUL SIBIU atestă următoarele:

- lucrările nu au fost începute cu întârziere, ci la data consemnată în ordinul de începere a lucrărilor;

- lucrările au fost recepționate în baza unui proces verbal de recepție, iar calitatea lucrărilor este foarte bună;

- clauzele contractuale au fost respectate;

- nu există abateri de la calitatea lucrărilor contractate sau alte abateri;

- nu există abateri repetate, doar nerespectarea graficului de execuție;

- deși au fost percepute penalități de întârziere ca urmare a nerespectării graficului de lucrări în suma de 17.340,97 lei, TERRA BUILDING S.R.L. s-a angajat printr-un acord la stingerea reciprocă a obligațiilor de plată în sumă de 17.340,97 lei;

- contractul nu a fost reziliat, valabilitatea acestuia nu a încetat anticipat;

- nu au fost aduse autorității contractante prejudicii.

Așadar, intervenientul arată că, prin raportare la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) alin. (8) și art. 171, documentul constatator nr. 14205 atestă că nu există o situație de neexecutare a contractului/executarea unor lucrări ce prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract și a niciunei alte situații de o gravitate similară, care să fi prejudiciat în vreun fel autoritatea contractantă, ci prezintă tocmai dovada încadrării TERRA BUILDING S.R.L. în situațiile derogatorii prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016 prin încheierea cu Municipiul Sibiu a acordului de stingere reciprocă a obligațiilor de plată în sumă de 17.340,97 lei, iar drept dovadă stă tocmai documentul atașat prezentei, Acordul nr. 95082/03.12.2021 Municipiul Sibiu și TERRA BUILDING S.R.L. care atestă întocmai că părțile „sunt de acord cu stingerea obligațiilor de plată restante reciproce în sumă totală de 17.340,97 lei.”

TERRA BUILDING S.R.L. a achitat anterior emiterii documentului constatator contravaloarea facturii nr. 4252/26.11.2021 în suma de 17.340,97 lei, în termen de 7 zile de la primirea acesteia, conform extrasului de Trezorerie atașat, confirmându-se astfel stingerea obligațiilor de plată restante asumate prin acordul antemenționat.

Mai mult, penalitățile contractuale, în suma de 17.340,97 lei care reprezintă 0,0012% din valoarea de 14.078.978,24 lei (fara TVA) a contractului, adică o sumă mică raportată la valoarea înfinit mai mare a contractului, evidențiază, în opinia intervenientului, o întârziere de scurtă durată, care nu a perturbat activitatea beneficiarului, întrucât, după cum rezultă clar atât din documentul constatator cât și din procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 78/29.10.2021 atașat, acesta nu a procedat la rezilierea contractului. Iar procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor mai confirmă că acestea au fost executate de TERRA BUILDING S.R.L. în proporție de 100%, în condiții de calitate și în conformitate cu proiectul tehnic, normativele în vigoare și dispozițiile de șantier emise de proiectant.

Așadar, intervenientul consideră că, perceperea, o singură dată, a unor penalități, nesemnificative în raport cu valoarea contractului, de altfel achitate înainte de emiterea documentului constatator, nu poate conduce la excluderea ofertei sale dintr-o procedură de achiziție publică și nu poate face dovada unei abateri grave sau repetate, mai cu seamă că această situație s-

a datorat unor cauze independente de voința sa, care nu au putut fi prevăzute la data semnării contractului de achiziție nr. 177/24.12.2019, respectiv a asumării graficului de execuție, iar apariția și efectele acestor cauze nu au putut fi gestionate printr-o planificare diligentă.

De asemenea, intervenientul precizează că lucrările ce au făcut obiectul contractului Modernizare strada Podului din Sibiu (finanțat din fonduri europene nerambursabile prin P.O.R 2014-2020, Axa Prioritară 4 "Sprijinirea dezvoltării urbane durabile") au fost executate în perioada pandemiei cauzate de virusul COVID-19, contractul fiind încheiat la data de 24.12.2019. Lucrările au fost demarate conform ordinului de începere la data de 16.03.2020, procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor a fost încheiat la data de 29.10.2021, iar obiectul contractului a fost unul complex: lucrări de drum, indicatoare și marcaje rutiere, zone verzi, canalizare pluvială, iluminat public, cablaj metropolitan și stație de pompare conform anexei atașate.

În contextul demersurilor de gestiune a pandemiei de COVID-19, măsurile instituite de către autorități pentru protejarea populației de Coronavirus, respectiv carantinarea/autoizolarea persoanelor confirmate cu COVID-19, restricțiile de circulație, carantinarea anumitor localități și chiar oprirea temporară a anumitor activități economice pentru a împiedica răspândirea virusului au perturbat buna desfășurare a activității societății interveniente, cauzând astfel nerespectarea graficului menționat în documentul constatator nr. 14205. În perioada mai 2020-iunie 2021, intervenientul menționează că, în cadrul societății nu mai puțin de 36 de persoane au fost carantinate fiind confirmate cu COVID-19, însumând un număr de 329 zile concediu medical. La solicitarea expresă a Consiliului, TERRA BUILDING S.R.L. arată că va transmite drept dovada certificatele medicale ale acestor angajați, dar, având în vedere obligația legală de a proteja datele cu caracter personal și informațiile privind starea de sănătate ale angajaților săi, acestea vor fi însoțite de o declarație de confidențialitate pentru a nu fi aduse la cunoștința societății contestatoare.

Dar, astfel cum a arătat deja, intervenientul menționează că, întârzierea a fost asumată, obligațiile de plată fiind stinse imediat, iar nerespectarea graficului a fost un episod izolat cauzat, în fapt, de o împrejurare cu totul excepțională.

Intervenientul apreciază că, o dovadă de netăgăduit că documentul constatator nr. 14205 nu este un document constatator „negativ” este tocmai faptul că, ulterior emiterii documentului constatator, aceeași autoritate care l-a emis, Municipiul Sibiu nu a uzat în niciun moment de dreptul conferit de dispozițiile art. 167 alin (1), lit. g), ci a declarat admisibilă oferta TERRA BUILDING S.R.L în cadrul altor 3 proceduri de achiziție și chiar i-a atribuit un contract, astfel cum se poate constata din comunicarea rezultatului procedurilor pe care le atașează în copie, în niciun moment nepunând problema respingerii ofertelor TERRA BUILDING S.R.L., confirmându-ne astfel, încă o dată, că existența documentului constatator nr. 14205 nu conduce la excluderea societății sale din procedurile de achiziții publice.

Mai mult, intervenientul susține că, credibilitatea sa este pe deplin dovedită prin faptul că încă din anul 2006 societatea sa a derulat numeroase

contracte cu autorități contractante din zonă în condiții foarte bune și, cu m lesne se poate verifica în Secțiunea Documente constatatoare din SEAP pentru TERRA BUILDING S.R.L. nu a fost emis niciun document constatator care să prevadă încetare anticipată/reziliere contract, neîndeplinirea unui contract de achiziții publice sau prejudicii aduse autorităților contractante. Municipiul Sibiu nu a dispus niciodată rezilierea vreunui contract al TERRA BUILDING S.R.L. și nu a emis documente constatatoare cu calificativ nesatisfăcător, astfel cum dovedesc documentele constatatoare atașate.

Toate argumente și dovezi se demonstrează concret, fără putință de tăgadă că TERRA BUILDING S.R.L. nu are nimic „de ascuns”, nu se află în situația de excludere prevăzută de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și îndeplinește condițiile (inclusiv de credibilitate) pentru a participa la procedurile de achiziții publice.

În ceea ce privește pretinsa aplicabilitate a art. 167 alin. (1) lit. h), intervenientul precizează că societatea sa a elaborat DUAE în conformitate cu cerințele din fișa de date, secțiunea III.1.1 „a) *Ofertanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi:*

1. *Certificate Constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc) la momentul prezentării;*

2. *Cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al operatorului economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;*

3. *După caz, documentele prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin (2), art.167 alin. (2), art.171 din Legea 98/2016."*

Așadar, intervenientul apreciază remarcile GMP COMMUNITY S.R.L. conform cărora TERRA BUILDING S.R.L. ar fi făcut susțineri false într-o declarație oficială pe propria răspundere pentru a fi admisă nelegal în cadrul unei proceduri de atribuire și ar fi omis cu rea-credință să furnizeze autorității contractante informațiile privind situația sa reală în scopul evitării verificării motivelor de excludere ca fiind simple speculații, afirmații malițioase și nu există nicio probă care le-ar putea susține, având în vedere considerentele expuse în continuare.

TERRA BUILDING S.R.L. arată că nu a uzat de dreptul conferit de prevederile legale la dispoziția sa pentru a solicita unei instanțe de judecată suspendarea sau anularea acestui document constatator cu consecința înlăturării acestuia din SEAP, pentru simplul motiv că acesta nu este de natură să afecteze încrederea vreunei autorități contractante în fiabilitatea

societății sale și nu poate justifica excluderea sa din cadrul vreunei proceduri de achiziție publică.

De asemenea, societatea sa NU poate să ascundă existența unui document constatator publicat în SEAP de către o autoritate contactantă și care este accesibil public, conținutul acestuia fiind vizibil în SEAP tuturor celor interesați și NU poate să împiedice o autoritate contractantă să întreprindă verificări proprii, să consulte secțiunea Documente constatatoare din SEAP sau să solicite date și informații inclusiv de la autoritatea emitentă a unui document constatator cu privire la incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, ulterior publicării documentului constatator în SEAP, TERRA BUILDING S.R.L. precizează că a participat la nu mai puțin de 8 proceduri de achiziții publice, în care contractul nr. 177/24.12.2019 a fost consemnat în susținerea capacității privind experiența similară (drept dovadă transmite DUAЕ-urile pentru toate cele 8 proceduri), iar niciuna dintre aceste autorități contractante nu a solicitat vreodată clarificări cu privire la posibila incidență a motivului de excludere prevăzut de prevederile art. 167 alin. (1), lit. g) și a admis oferta sa la etapa de evaluare a propunerii tehnice/financiară (majoritatea acestor proceduri sunt încă în desfășurare), sau chiar a declarat-o câștigătoare.

TERRA BUILDING S.R.L. arată că, în niciun moment nu a intenționat să „ascundă” vreodată existența acestui document, nici în această procedură și nici în cadrul altor proceduri de achiziții publice, deoarece, în urma oricăror eventuale solicitării de clarificări din partea autorităților contractante sau a oricăror documente justificative privind incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, TERRA BUILDING S.R.L. ar putea să răspundă punctual, cu dovezi concrete, astfel încât să-și dovedească credibilitatea, integritatea și fiabilitatea. De altfel, intervenientul consideră că, referirile GMP COMMUNITY S.R.L. la "declarațiile false" din conținutul DUAЕ, nu pot fi reținute de Consiliu, având în vedere că acestea se raportează, potrivit prevederilor legale prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. h), tocmai la momentul răspunsului la solicitările autorității contractante și nu la acela al completării/depunerii DUAЕ.

Totodată, intervenientul menționează că, în legislația achizițiilor publice nu există noțiunea de document constatator „negativ”, autoritățile publice nu eliberează documente constatatoare pozitive și negative, ci eliberează documente constatatoare în conformitate cu prevederile art. 166 din HG 395/201, iar simpla afirmație gratuită a autoarei contestației că documentul constatator nr. 14205 ar fi „negativ” nu poate fi reținută de Consiliu.

Contrar opiniei GMP COMMUNITY S.R.L., intervenientul consideră că nu orice emitere a unui document constatator atrage automat obligația completării unui DUAЕ cu mențiunea „DA” la rubrica C - motive de excludere, astfel cum nu orice încălcarea a obligațiilor contractuale constituie motiv de excludere în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g). Mai mult, intervenientul menționează, astfel cum a arătat deja, că în baza art. 166 alin. (8) coroborat cu prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 documentul constatator nr. 14205 nu îndeplinește condițiile legale pentru a atrage excluderea sa de la o procedură de atribuire și în niciun caz nu este „negativ”.

Astfel, atâta timp cât documentul constatator nr. 14205 deținut de TERRA BUILDING S.R.L. nu confirmă incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și poate prezenta documentele justificative în sensul dat, astfel cum se solicită în mod expres în fișa de date la secțiunea III.1.1.,a).3., intervenientul consideră că nu poate declara la nivelul DUAE că se regăște în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în contextul în care fapta TERRA BUILDING S.R.L. nu întrunește condițiile prevăzute de lege pentru a fi calificată în consecință, acesta fiind și motivul pentru care a fost aleasă opțiunea NU în documentul DUAE.

Neprecizarea în DUAE a penalităților contractuale consemnate în documentul constatator nr. 14205 și achitate chiar înainte de emiterea documentului, nu reprezintă, în fapt, „o omisiune cu rea-credință și bunăștiință”, ci convingerea că TERRA BUILDING S.R.L. NU se află în situația de excludere menționată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că beneficiază de derogările prevăzute de art. 171, aspect ce poate fi confirmat prin prezentarea documentelor justificative (prezentate mai sus) sau chiar prin lecturarea documentul constatator nr. 14205, nefiind astfel incident nici motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit h).

Or, intervenientul consideră că, atât caracterul fals al declarațiilor unui operator economic, cât și existența vinovăției în întocmirea DUAE, sunt aspecte care nu pot fi presupuse, ele trebuind să fie probate și dovedite, iar în lumina tuturor considerentelor expuse mai sus nu se poate dovedi o intenție culpabilă a TERRA BUILDING S.R.L. și nu se poate aprecia că „a făcut susțineri false într-o declarație oficială pe propria răspundere merită să producă efecte - să fie declarat admis”, doar pe baza unor afirmații malițioase ale contestatorului.

În consecință, în contextul înfățișat, intervenientul apreciază că, speculațiile societății contestatoare nu pot constitui un motiv valid pentru respingerea ofertei sale sub aspectele criticate, niciunul dintre „argumentele” invocate nefiind de natură să justifice o asemenea decizie, mai cu seama că principiul proporționalității, *„impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care, este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar incoveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite”* (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60), iar scopul în procedurile de atribuire este acela de a asigura o competiție cu prime și irefragabile consecințe, în speță: cea mai bună ofertă conform criteriului de atribuire.

2. În ceea ce privește neîndeplinirea de către TERRA BUILDING S.R.L. a cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, intervenientul consideră critica „profund neîntemeiată, motivată pe generalități, fără prezentarea niciunui argument sau mijloc de probă concret”, aceasta fiind invocată „chiar de către ofertantul care nu îndeplinește tocmai această cerință de calificare”, apreciind că, „sub acest aspect contestația este chiar lipsită de interes.”

Într-adevăr, în fișa de date, astfel cum precizează GMP COMMUNITY S.R.L., autoritatea contractantă a precizat: „În cazul unei oferte depusă de

către o asociere, codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie să aibă corespondent pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie să reiasă că ofertanții dețin cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie să acopere întreg obiectul contractului", cerința autorității fiind astfel clară și precisă.

Dar, intervenientul arată că, conform documentației de atribuire publicată în SEAP, obiectul procedurii de atribuire îl constituie atribuirea contractului având ca obiect Servicii de promovare a 12 rute turistice/culturale în cadrul programului „Romania atractivă”, iar în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, Secțiunea 3.3.1 Descrierea generală a obiectului contractului, la pagina 8, autoritatea contractantă precizează clar și precis: *„Scopul contractului este acela de a asigura promovarea celor 12 rute turistice/ culturale, atât prin mijloace digitale, cât și prin marcarea și semnalizarea corespunzătoare la nivel local, iar promovarea se va realiza atât online, cât și offline la nivel național și internațional”.*

Mai mult, autoritatea contractantă precizează: *„În vederea îndeplinirii acestui scop, Prestatorul va avea responsabilitatea desfășurării următoarelor pachete de activități...”, iar în paginile 8-25 descrie în detaliu fiecare pachet, activitate și subactivitate ce trebuie îndeplinite în vederea îndeplinirii scopului contractului, definind, așadar, foarte clar și precis ce înțelege prin sintagma „întreg obiectul contractul”.*

Nici din documentația de atribuire, dar nici dintr-o prevedere legală din domeniul achizițiilor publice nu reiese că un operator economic trebuie să dețină cod CAEN pentru „ponderea cea mai importantă din viitorul contract de achiziție”. Autoritatea contractantă a solicitat clar și precis în documentația sa de atribuire realizarea întregului contract, nu doar a ponderii mai importante din contract.

Așadar, ținând cont de cerințele clare și precise impuse prin documentația de atribuire, intervenientul apreciază că, din afirmațiile GMP COMMUNITY S.R.L. reiese clar că Asocieria din care face parte nu cunoaște obiectul contractului, cele două componente esențiale ale scopului contractului și nici activitățile pe care le presupune din moment ce se pronunța cu privire la ponderea mai importantă/ponderea mai puțin importantă din viitorul contract, fără a lua în considerare toate responsabilitățile ce urmează a fi desfășurate în vederea îndeplinirii scopului contractului.

Astfel, intervenientul arată că, din oferta sa reiese foarte clar că TERRA BUILDING S.R.L. va realiza în cadrul acestui contract o singură Activitate la valoarea stipulată în oferta sa financiară pentru această Activitate, astfel cum atestă de altfel și acordul său de asociere, iar pentru această Activitate TERRA BUILDING S.R.L. nu numai că deține capacitatea de exercitare a activității profesionale, dar face dovada că deține capacitatea tehnică și profesională, personalul specializat și atestat, resursele necesar și în număr suficient, dar și capacitatea economică și financiară, standardele de asigurare a calității și de protecție a mediului, impuse prin documentația de atribuire.

GMP COMMUNITY S.R.L. nu cunoaște partea din contract ce va fi realizată de TERRA BUILDING S.R.L. și nu face dovada că pentru acea parte societatea sa nu deține capacitatea de exercitare a activității profesionale, iar pretinsul motiv de inadmisibilitate a ofertei pentru neîndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale invocat de GMP COMMUNITY S.R.L. este formulată pe critici generale, nemotivate în fapt sau în drept. Societatea contestatoare doar face presupuneri nedovedite și neargumentate, folosind exprimări generale, situație care este echivalentă cu nemotivarea contestației și implicit incidența dispozițiilor art. 10 și 11 din Legea nr. 101/2016, sancțiunea fiind aceea de a se respinge contestația ca anulată.

Intervenientul solicită să se constate că, în oferta tehnică se precizează clar:

„- Alocarea sarcinilor între asociați

In conformitate cu competentele fiecărei firme responsabilitățile între membrii Asocierii Terra Building - Eventya sunt foarte clare:

Terra Building este responsabilă pentru execuția:

Activitatea 2.3 din Pachetul 2”

În caietul de sarcini, la pag. 21-22, este descrisă în detaliu „Activitatea 2.3: Marcarea și semnalizarea locală a fiecăruia dintre cele 306 obiective care fac obiectul serviciilor de creare de conținut, digitalizare, marcare și semnalizare din cadrul celor 12 rute turistice/culturale:

„În primul rând, pentru fiecare obiectiv turistic/amplasament, Prestatorul va cartografia măsurile de semnalizare, având în vedere următoarele cerințe minime:

- Marcajul și semnalizarea se vor asigura pe toate caile rutiere de acces de la o distanță de minimum 3 km, la fiecare 1 km până la o rază de 1 km și la fiecare 250 m de la raza de 1 km până la raza 250 m; în cazul autostrăzilor, semnalizarea va începe cu min. 3 km înainte de nodul rutier de la care se asigura în continuare legătură spre obiectiv;*

- Proximitatea obiectivelor va fi semnalizată în aeroporturi, parcuri, gari, porturi, autogari, Centre Naționale de Informare și Promovare Turistică, puncte de oprire ale altor mijloace de locomotie (ex. telegondole, funiculare, stații de închiriere biciclete, etc.), structuri de cazare și restaurante pe o rază de min. 10 km, spații de servicii/ benzinarilor pe drumuri naționale și autostrăzi pe o rază de min. 10 km, centrul istoric (daca este cazul) și/sau pe arealele prin care se plimba vizitatorii;*

- Semnalizarea pe caile de acces pietonale, pe o rază de min. 5 km;*

- Semnalizare la accesul pe amplasamentul obiectivului;*

- Toate marcajele și semnalizările vor avea un cod QR care să conducă spre platforma web, de unde se pot prelua informațiile despre "Romania atractiva".*

Semnalizarea va presupune prezența elementelor de identificare vizuala ale platformei "Romania atractiva", ale rutei și ale-obiectivului acolo unde aceasta cerință nu contravine-reglementărilor În vigoare.

Cartografierea marcajelor și mijloacelor de semnalizare, precum și machetele indicatoarelor/panourilor etc. vor fi supuse aprobării MIPE Înainte de a proceda la producția și instalarea acestora. Aceste elemente vor face

obiectul unui Raport de cartografiere și planificare a marcajelor și semnalizării locale.

Prestatorul va fi responsabil cu stabilirea dimensiunilor semnelor și marcajelor și cu obținerea avizelor și autorizațiilor necesare pentru amplasarea acestora, conform cartografierii aprobate de MIPE, inclusiv cu pregătirea oricăror documentații necesare pentru eliberarea avizelor și autorizațiilor.

Tarifele pentru eliberarea avizelor/acordurilor/autorizațiilor vor fi suportate de Prestator. Avizele/acordurile/autorizațiile vor fi obținute în numele MIPE.

Prestatorul va fi responsabil cu producția/achiziția și instalarea mijloacelor de semnalizare, cu respectarea cartografierii aprobate de MIPE și a cerințelor prevăzute în avize și autorizații.

Mijloacele de semnalizare vor respecta standardele aplicabile semnalizării rutiere (tabla din oțel zincat/aluminiu de 1 mm, tratată anticoroziv, vopsită în câmp electrostatic aplicată cu folie reflectorizantă clasa 3). Garanția acordată mijloacelor de semnalizare va fi de min. 7 ani .

Din analiza responsabilităților ce trebuie îndeplinite pentru realizarea acestei Activități, se poate concluziona că acestea sunt accesoriile lucrărilor de drumuri, lucrări care se realizează numai în conformitate cu standardele și normativele tehnice în vigoare și aparțin claselor CAEN:

1. CAEN 4211 - Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, care cuprinde:

- construcția de autostrăzi, străzi, drumuri și alte cai de acces pentru vehicule și pietoni

- lucrări de suprafață pe străzi, drumuri, autostrăzi, poduri sau tuneluri:

- asfaltarea drumurilor

- lucrări de marcarea drumurilor și alte marcaje

- instalarea de grilaje de protecție, indicatoare de circulație și alte dispozitive similare construcția pistelor de aerodrom

2. CAEN 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică, care cuprinde:

- activități de inginerie (adică aplicarea legilor fizice și a principiilor de inginerie în proiectarea mașinilor, materialelor, instrumentelor, structurilor, proceselor și sistemelor) și activități de consultanță pentru:

- utilaje, procese industriale și instalații industriale

- realizarea de proiecte privind ingineria civilă, hidraulică și de trafic

- proiecte de gospodărire a apelor

- elaborarea și realizarea de proiecte referitoare la ingineria electrică și electronică, minieră, chimică, mecanică, industrială și de securitate tehnică

- elaborarea proiectelor referitoare la instalații de aer condiționat, refrigerare, sanitare și de control al poluării, inclusiv acustică etc.

- prospecțiuni geofizice, geologice și supraveghere seismică

- activități de supraveghere geodezică:

- activități de supraveghere hidrologică

- activități de supraveghere a terenurilor și delimitărilor

- activități de supraveghere de adâncime

- cartografie".

Cu privire la cerința din caietul de sarcini: „Prestatorul va fi responsabil cu stabilirea dimensiunilor semnelor și marcajelor și cu obținerea avizelor și autorizațiilor necesare pentru amplasarea acestora, conform cartografierii aprobate de MIPE, inclusiv cu pregătirea oricăror documentații necesare pentru eliberarea avizelor și autorizațiilor”, intervenientul face următoarele precizări:

Avizele și autorizațiile necesare pentru amplasarea semnelor și marcajelor sunt eliberate de autoritățile competente din subordinea Ministerului Transporturilor și Poliției Rutiere, în baza unor documentații tehnice de avizare care să conțină cel puțin:

1. PROIECTUL TEHNIC, care va cuprinde:

- Memoriu de prezentare a lucrării;

- Planuri de situație scară 1:500;

- Acord de principiu eliberat de administratorul drumului public sau Comisia Tehnică de Circulație;

2. MEMORIUL DE PREZENTARE AL LUCRĂRII care cuprinde:

- categoria și denumirea drumului public;

- pozițiile kilometrice și metrice unde vor fi amplasate mijloacele de semnalizare rutieră prin indicatoare, marcaje, semafoare electrice și alte dispozitive speciale (pentru autostrăzi, drumuri naționale, județene sau comunale);

- caracteristicile tehnice ale semnalizării rutiere verticale / orizontale propuse prin proiectul tehnic.

3. PLANUL DE SITUAȚIE va cuprinde:

- sectorul de drum pe care vor fi instalate mijloacele de semnalizare rutieră prin indicatoare, marcaje, semafoare electrice și alte dispozitive speciale;

- pozițiile kilometrice și metrice unde vor fi amplasate mijloacele de semnalizare rutieră prin indicatoare, marcaje, semafoare electrice și alte dispozitive speciale (pentru autostrăzi, drumuri naționale, județene sau comunale);

- figurarea marcajelor rutiere în concordanță cu semnalizarea instituită prin indicatoare rutiere și/sau semafoare electrice;

- figurarea indicatoarelor rutiere cu specificarea simbolurilor cuprinse în SR 1848 -1;

- figurarea dispozitivelor speciale (separatoare de sensuri, limitatoare de viteză, stâlpi de protecție a trotuarelor, parapete de protecție etc.) și după caz, distanțele față de repere fixe;

De asemenea, intervenientul precizează și faptul că această documentație tehnică de avizare poate fi întocmită numai de personal specializat în activități de inginerie - realizare proiecte tehnice, iar cartografierea poate fi realizată numai de personal atestat în topografie sau cadastru, autorizat ANCPI.

Astfel, din analiza certificatului constatator emis de Registrul Comerțului pentru TERRA BUILDING S.R.L. reiese evident că aceasta are înregistrate codurile CAEN 4211 - domeniul principal de activitate al TERRA BUILDING și 7112, corespondente întocmai pentru partea de contract pe care o va realiza,

codurile CAEN ale membrilor asocierii ASOCIEREA TERRA BUILDING S.R.L.-EVENTYA CO S.R.L. acoperind astfel întreg obiectul contractului.

De asemenea, intervenientul învederează faptul că, din propunerea sa tehnica reiese că societatea deține personalul specializat și atestat și face dovada implementării unui sistem de management al calității și de protecție a mediului conform SR EN ISO 9001 și SR EN ISO 14001 pentru partea din contract pe care o va realiza, îndeplinind astfel toate cerințele minime impuse prin documentația de atribuire.

Așadar, având în vedere cele antemenționate, intervenientul solicită Consiliului să respingă afirmația autoarei contestației conform căreia TERRA BUILDING S.R.L. „nu poate realiza o pondere de 43,29% din obiectul contractului, nu deține capacitatea de exercitare a profesionale și nu îndeplinește cerința minimă a documentației” drept simplă speculație, nemotivată în fapt sau în drept, impunându-se respingerea ei, alegațiile GMP COMMUNITY S.R.L. fiind nefondate, având „caracterul unor simple bănuieli, formulate în absența oricărui suport probator, nu constituie temeieri de drept ce pot fi analizate pe calea unei contestații în acord cu jurisprudența Consiliului.”

3. Întrucât procedura de atribuire în cauză NU are ca obiect „realizarea activităților cu ponderea cea mai importantă care se încadrează în codificarea CAEN 7311 - Activități ale agențiilor de publicitate”, ci realizarea tuturor Activităților descrise precis în caietul de sarcini, astfel cum a arătat mai sus, intervenientul solicită să se constate că Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L nu îndeplinește cerințele minime impuse prin documentația de atribuire, respectiv nu are capacitatea de exercitare a capacității profesionale pentru realizarea contractului în întregul sau din următoarele considerente.

Astfel, intervenientul arată că, în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat: „III.1.1.b)Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale Informații si formalitati necesare pentru evaluarea respectării cerințelor mentionate:

Operatorii economici care depun oferta trebuie sa dovedeasca o forma de înregistrare in condițiile legii din tara de rezidenta, precum si faptul ca sunt legal constituiti, ca nu se afla in niciuna dintre situatiile de anulare a constituirii si au capacitatea profesionala de a presta serviciile (de a realiza activitatile) care fac obiectul contractului. Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de catre operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situatiei lor.

Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc întocmit la finalizarea eva luării ofertelor.

Aceste documente pot fi:

- certificatul constatator emis de Oficiul National al Registrului Comerțului de pe langa Tribunalul Teritorial, din care sa rezulte domeniul de activitate principal/secundar, codurile CAEN aferente acestora. Certificatului Constatator trebuie sa conțină informații reale/actuale la data prezentării

documentului. In cazul unei oferte depusa de către o asociere, codul CAÉN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie sa aiba corespondent pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie sa reiasa ca ofertantii deţin cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie sa acopere intreg obiectul contractului".

Astfel, intervenientul susţine că, conform cerinţei din fişa de date, din cel puţin unul din certificatele constatatoare ale membrilor Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., trebuie să reiasă că era înregistrată activitatea cod CAEN 4211 şi 7112, corespondente Activităţii 2.3, astfel cum a arătat mai sus.

Mai mult, intervenientul subliniază faptul că, aceste informaţii legate de corespondenţa codurilor CAEN din certificatele emise de ONRC cu obiectul întregului contract trebuiau să existe la data depunerii ofertei, fiind informaţii obligatorii de menţionat în DUAЕ de către toţi ofertanţii.

Intervenientul arată că, potrivit menţiunilor din cuprinsul Declaraţiei de participare şi a Raportului procedurii, pag. 20-21 Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. nu a declarat niciun subcontractant, deşi avea această posibilitate pentru a acoperi întreg obiectul contractului, cu condiţia prezentării, la data depunerii ofertelor a acordului de subcontractare şi DUAЕ-ul subcontractantului, astfel cum a procedat Asocieria clasată pe locul 3 (şi tocmai pentru codul CAEN 4211).

Or, intervenientul susţine că, din analiza certificatelor constatatoare descărcate de pe site-ul ONRC ale membrilor Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., ataşate prezentei, reiese fără echivoc: codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii NU acoperă întreg obiectul contractului, lipsind cu desăvârşire cod CAEN 4211 şi cod CAEN 7112.

Mai mult, se arată că, conform prevederilor art. 193 din Legea nr. 98/2016 „(1) *Autoritatea contractantă accepta la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovada preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză următoarele condiţii: (...) b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă*”, iar dispoziţiile art. 132 din HG nr. 395/2016 prevăd ca „(1) *În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie (...), comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAЕ. (2) Comisia de evaluare are obligaţia solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc in urma aplicarii criteriului de atribuire.*”

Aşadar, având în vedere că membrii asocierii au declarat la nivelul DUAЕ că îndeplinesc cerinţa cu privire la capacitatea de exercitare a capacităţii profesionale prevăzută în fişa de date la pct.III.1.1.b), aceştia sunt obligaţi să probeze acest fapt cert prin prezentarea de dovezi în acest sens, în caz

c ntrar, oferta lor fiind inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”*.

Or, intervenientul consideră că, certificatele constatatoare ale membrilor, confirmă, fără echivoc, că Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L nu poate să facă dovada că, la data depunerii ofertelor, avea capacitatea de exercițiu profesională pentru realizarea obiectului contractului în întregul său și nu are dreptul legal de a participa în calitate de executant al serviciilor ce fac obiectul contractului potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, care prevede că operator economic reprezintă *„orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piața executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată din două ori mai multe dintre aceste entități”*.

 n consecință, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind admisibilă contestația ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., intervenientul apreciază că se impune a fi obligată autoritatea contractantă și la corecta reevaluare a ofertei acestei asocieri în concordanță cu criteriile stabilite în documentația de atribuire și a prevederilor legale în materia achizițiilor publice, iar în urma reevaluării, a fi obligată autoritatea contractantă să dispună respingerea ca inacceptabilă a acestei oferte, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, preciz nd că, *„ n vederea pronunțării asupra acestei excepții, vă rugăm să aveți în vedere lipsa de interes a unei astfel de solicitări în cazul în care oferta noastră este c stigătoare.”*

ASOCIEREA TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO STR.L. precizează că a întocmit oferta cu respectarea, întocmai, a cerințelor documentației de atribuire solicitate, prezent nd o ofertă admisibilă din punct de vedere al documentelor de calificare și conformă din punctul de vedere al ofertei tehnice. Mai mult, intervenientul arată că, oferta sa prezintă o analiză complexă cu considerarea tuturor aspectelor tehnice și financiare pentru realizarea tuturor activităților și sub-activităților și reprezintă angajamentul asumat în scopul realizării obiectului contractului, este reală și permite realizarea integrală a contractului, cu respectarea în totalitate a cerințelor beneficiarului și a documentației de atribuire în cadrul prețului ofertat.

Intervenientul arată că, *„contestatia ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. este formulată cu rea credință, și este o contestație incompletă, lipsită de motivarea efectivă a acuzelor, motivele de nelegalitate invocate fiind unele generice, bazate exclusiv pe generalități și speculații, fără vreun argument concret sau vreun mijloc de probă în susținerea celor afirmate.”*

De asemenea, intervenientul consideră că, caracterul imperativ al dispozițiilor art.10 lit.f), art.16 alin.1, art.21 alin.3, art.18 alin.1, art. 21 și art. 24 alin.1 și 2 din Legea nr.101/2016, impune obligația motivării în fapt a contestației, în termenul prevăzut de art. 8 din lege, această contestație

fiind cea care se comunică, prin intermediul autorității contractante, tuturor participanților încă implicați în procedură, asigurând astfel respectarea principiilor transparenței și contradictorialității. Așadar, intervenientul arată că, pentru motivarea contestației nu se poate reține un alt termen decât cel prevăzut de art. 8 din Legea nr.101/2016 pentru formularea contestației sau cel acordat de Consiliu în acest sens.

Mai mult, posibilitatea părților de a depune concluzii scrise (prevăzută de art. 21 alin. 2 din Lege nr. 101/2016) - concluzii care nu se comunică autorității contractante și, pe cale de consecință, nici celorlalți participanți încă implicați în procedura de atribuire - nu se identifică cu posibilitatea de a completa contestația cu motivarea în fapt, element esențial al acesteia. Similar procedurii judiciare, intervenientul arată că, concluziile scrise reprezintă expunerea sistematizată a motivelor de fapt și de drept invocate în termenul de formulare a contestației, iar nu o motivare a acesteia.

Completarea contestației cu motivarea în fapt nu este îngăduită de dispozițiile Legii nr. 101/2016, fiind incompatibilă cu celeritatea care guvernează întreaga procedură de contestare a actelor emise de autoritatea contractantă. Cu alte cuvinte, intervenientul susține că, „nu se poate veni cu o contestație nemotivată și pentru care motivarea să fie formulată, ulterior studierii documentelor aflate la dosarul cauzei”, apreciind că, „o astfel de variantă ar duce la deturnarea termenelor de contestare și a, înșăși, celerității procedurii, fiind incompatibilă cu dispozițiile normative în vigoare.”

Mai mult decât atât, intervenientul arată că, dispozițiile art. 21 alin.3 din Legea nr.101/2016 prevăd expres că *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”*

Pentru toate motivele învederate, intervenientul apreciază că se impune admiterea cererii de intervenție, cu consecința respingerii contestației ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. ca fiind neîntemeiată, nemotivată în fapt și „chiar lipsită de interes”, iar în măsura în care GMP COMMUNITY S.R.L., pe calea concluziilor scrise, va înțelege să prezinte motive de fapt noi, cu depășirea termenului stabilit prin art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, se solicită respingerea acestora, ca inadmisibile în conformitate cu art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Din moment ce oferta ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. nu îndeplinește unul dintre criteriile de calificare, astfel cum a arătat mai sus și nu are șanse de câștig, intervenientul consideră că această contestație a fost formulată cu rea-credință, având ca simplu obiectiv producerea unui rezultat vătămător autorității contractante, respectiv tergiversarea procedurii de achiziție pentru a provoca blocarea implementării proiectului de importanță majoră cu consecințe grave asupra încadrării în bugetul prognozat și în termenele de realizare, astfel cum au fost acestea precizate în caietul de sarcini la pag. 35, iar practica C.N.S.C. și a instanțelor de judecată este unanimă în a soluționa astfel de abuzuri ale operatorilor economici în sensul sancționării abuzului de drept.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016 și Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

În susținerea cererii, au fost depuse următoarele documente/mijloace de probă:

- Acord pentru stingerea reciprocă a obligațiilor nr. 95082/03.12.2021;
- factura fiscală PMS nr. 4252/26.11.2021;
- extras Trezorerie din data de 13.12.2021;
- Proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 78/29.10.2021;
- Ordin de începere a lucrărilor;
- Comunicări rezultat procedura nr. 24456/30.03.2022, 27798/08.04.2022, 46757/20.06.2022;
- Documente constatatoare emise de Municipiul Sibiu nr. 100359, 100372, 100369, 58198, 59822, 71012;
- DUAЕ procedura: SCN1113631, CN1048823, SCN1111158, SCN1111092, Nr Joue 2022/S 194-545954, SCN1112122, SCN1111554, SCN1109166;
- Comunicare rezultat procedura SCN1111158, SCN1111092;
- Certificat constatator ONRC nr. 10232/05.01.2023 WESTYLER S.R.L.;
- Certificat constatator ONRC nr. 10216/05.01.2023 GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L.;

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 2873/18.01.2023, GMP COMMUNITY S.R.L. (fostă GMP ADVERTISING), lider al Asocierii GMP ADVERTISING SRL- WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, prin SCPA „Ceparu și Irimia”, în calitate de contestatoare, în temeiul art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a formulat „concluzii scrise”, prin care va sintetiza argumentele invocate în cuprinsul contestației și va combate punctual apărările autorității contractante din punctul de vedere exprimat, precum și motivele invocate în cererea de intervenție depusă de TERRA BUILDING SRL.

Contestatorul consideră, astfel cum va demonstra, că susținerile părților adverse procedural nu sunt de natură a infirma faptul că oferta câștigătoare trebuia exclusă din procedură, respectiv respinsă ca inadmisibilă pentru motivele arătate în contestație și pe care le reluia în sinteză.

Cu titlu preliminar, contestatorul învederează că este evidentă favorizarea ofertei câștigătoare căreia i-a fost acceptată modificarea propunerii financiare (modificarea prețului unitar al rapoartelor trimestriale de la 34.500 lei la 86.250 lei), astfel cum rezultă din actele de evaluare elaborate de MIPE și din Avizul conform condiționat emis de Agenția Națională de Achiziții Publice în data de 13.12.2022.

Mai mult, deși acest aspect nu a făcut obiectul unei critici din cuprinsul contestației, nefiind cunoscută împrejurarea la momentul promovării căii de atac, contestatorul precizează că, invocarea sa are ca rol de a sublinia încălcarea de către comisia de evaluare a principiilor tratamentului egal și transparenței în favoarea ofertei câștigătoare.

De asemenea, contestatorul apreciază, precum a arătat pe larg în cuprinsul contestației, că oferta câștigătoare trebuia exclusă, respectiv respinsă ca inadmisibilă pentru nerespectarea cerinței privind capacitatea de

exercitare a activității profesionale. Mai mult, contestatorul arată că, atât din studiul dosarului constituit la nivelul CNSC dar și din analiza punctului de vedere al autorității contractante, respectiv a cererii de intervenție a reieșit că se confirmă criticile invocate de către societatea sa prin contestație.

I. Excluderea din procedura de atribuire a ofertei câștigătoare

Astfel, fără a relua în detaliu motivele conform cărora oferta asocierii declarate câștigătoare trebuie exclusă din procedura de atribuire, contestatorul combate punctual argumentele nerelevante invocate de MIPE și TERRA BUILDING în încercarea de a justifica o decizie profund nelegală, respectiv o atitudine de natură să încurajeze utilizarea de informații false în procedurile de atribuire.

Mai mult, contestatorul precizează, precum a arătat în contestație și se confirmă din chiar cuprinsul cererii de intervenție, că TERRA BUILDING a ales în mod conștient, expres, să nu dezvăluie autorității contractante existența unor abateri contractuale (întârzieri în executarea unui contract de achiziție publică) care au generat aplicarea de sancțiuni constând în daune - interese, respectiv penalități de întârziere.

Raportat la conduita profund condamnată, contestatorul susține că este evident favorizantă acceptarea de către comisia de evaluare a lipsei completării corespunzătoare a DUAЕ de către liderul de asociere TERRA BUILDING SRL, iar conform practicii CJUE invocate în contestație, motivul de excludere constând în prezentarea de informații false în cadrul procedurii de atribuire nu poate permite luarea în considerare a unor eventuale măsuri de autocorectare.

Cu toate că, intervenienta afirmă că nu a ascuns în mod voit existența documentului constatator care este publicat în SEAP și este astfel accesibil oricărei persoane interesate, contestatorul solicită a se constata că o astfel de afirmație nu este de natură să anuleze obligația de transparență care îi incumbă ofertantului potrivit Regulamentului 7/2016 UE care impune declararea în DUAЕ a oricărei potențiale situații de excludere.

Oricum, contestatorul consideră că nu existența documentului constatator este relevantă, ci încălcarea constatată de acest înscris care are exclusiv rol de instrument suport. Prin urmare, contestatorul apreciază că, chiar și în ipoteza în care nu este emis un document constatator negativ, operatorul economic este obligat să menționeze în DUAЕ încetarea anticipată a unui contract sau aplicarea de sancțiuni alternative cum ar fi daunele-interese.

Scopul obligației de transparență prevăzute de Regulamentul privind formularul DUAЕ a fost în mod indubital acela de a permite autorității contractante să decidă cu privire la menținerea/eliminarea din competiție a ofertanților aflați într-o potențială situație de excludere. Exclusiv, în ipoteza în care comisia de evaluare este corect și complet informată, contestatorul subliniază faptul că, aceasta poate decide în cunoștință de cauză dacă este incident un motiv de excludere și, eventual, dacă au fost adoptate măsuri eficiente de auto-corectare destinate să demonstreze credibilitatea ofertantului.

În opinia contestatorului, relevantă este și Hotărârea CJUE pronunțată în Cauza Meca (19 iunie 2019), prin care s-au reținut următoarele: „Potrivit

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

Astfel, reține CJUE, „legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice”.

Așadar, contestatorul solicită a se constata relevanța în speță inclusiv a considerentelor din Hotărârea pronunțată de CJUE la 3 octombrie 2019 în Cauza Delta: „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, [...], 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”(Cauza C-267/18).

Contestatorul apreciază că, atribuțiile exclusive ale autorității contractante de a aprecia fiabilitatea unui ofertant nu pot fi exercitate decât în ipoteza în care operatorul economic a dat dovadă de bună credință și a informat prin intermediul DUAЕ cu privire la existența unui potențial motiv de excludere.

Astfel, aprecierea gravității unei abateri contractuale anterioare și a consecințelor acestei abateri revine exclusiv comisiei de evaluare iar nu operatorului economic care, în mod subiectiv, poate aprecia că nu este incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, din considerentele prezentate au fost incluse în Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și în Legea nr. 98/2016 dispozițiile vizând lipsa prezentării/prezentarea de informații incomplete/inexacte/false în scopul verificării absenței motivelor de excludere. Sancțiunea prevăzută de legiuitor în aceste ipoteze este expresă - excluderea iar practica judiciară, inclusiv a Curții de Justiție a Uniunii Europene, nu permite adoptarea măsurilor de autocorectare raportat la lipsa de transparență de care a dat dovadă ofertantul. În sensul dat, contestatorul a invocat în cuprinsul contestației Hotărârea pronunțată de CJUE în Cauza Esaprojekt, respectiv Hotărârea din 20 decembrie 2017 emisă în Cauza C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani (pronunțată la data de 4 mai 2017 în Cauza C-387/14).

În contextul dat, contestatorul apreciază că sunt lipsite de relevanță aprecierile autorității contractante sau ale intervenientei privind lipsa de

incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care a invocat dispozițiile lit. h) din același articol de lege care reglementează un alt motiv de excludere.

Indiferent de mențiunile contradictorii din cuprinsul documentului constatator emis de Primăria Sibiu, contestatorul subliniază faptul că, acesta consemnează nerespectarea graficului de lucrări - încălcare a unei obligații contractuale (cauza) și perceperea de penalități de întârziere - plata de daune-interese (consecința). În contextul dat, contestatorul consideră că era obligatorie bifarea opțiunii DA la rubrica din DUAЕ (*Partea III Motive de Excludere, Pct. C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*), conform căreia: „Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior”.

Contrar susținerilor formulate de părțile adverse, contestatorul susține că, penalitățile de întârziere reprezintă, în mod indubitabil, daune-interese contractuale.

Astfel, contestatorul arată că, potrivit dispozițiilor Art. 1.536 din Codul civil, „În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației”, iar conform prevederilor Art. 1538 alin. (1) din Codul civil, „Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale”.

Contestatorul arată că, potrivit doctrinei juridice și jurisprudenței (ICCJ, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 1461 din 10 iunie 2021), clauza penală este convenția prin care părțile evaluează cu anticipație quantumul daunelor-interese pentru eventualitatea neexecutării, executării defectuoase sau cu întârziere a obligației principale. O astfel de clauză penală este întâlnită în mod frecvent în contractele de achiziție publică care prevăd obligarea contractantului la plata de penalități de întârziere.

Așadar, contestatorul înederează faptul că legiuitorul european nu distinge în cuprinsul Regulamentului 7/2016 în funcție de quantumul daunelor-interese atunci când instituie obligația menționării încălcărilor contractuale anterioare.

De asemenea, contestatorul arată că, nu este prevăzută o exonerare de la obligația de declarare a aplicării de daune-interese în funcție de gravitatea abaterii contractuale.

Mai mult, contestatorul consideră, astfel cum a arătat anterior, pe baza informațiilor furnizate în mod complet și transparent de către operatorul economic, autoritatea contractantă este singura îndrituită să aprecieze dacă sunt îndeplinite condițiile legale prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pentru o eventuală excludere.

De asemenea, contestatorul menționează că nu revine ofertantului dreptul de a aprecia că a adoptat măsuri de auto-corectare și că acestea ar fi suficiente pentru a demonstra credibilitatea, ci acesta trebuie să se limiteze la a menționa existența încălcării contractuale și consecințele acesteia, respectiv să indice eventualele măsuri de auto-corectare, gravitatea încălcării și eficiența măsurilor de demonstrarea a fiabilității urmând a fi analizate exclusiv de către comisia de evaluare.

În opinia contestatorului, relevantă în combaterea argumentelor invocate de autoritatea contractantă și intervenientă este Decizia 1492/R din 04.09.2018 a Curții de Apel Târgu Mureș invocată în contestație în care s-a reținut: *„prin modul în care a completat DUAЕ a evitat sancțiunea excluderii din procedură de către Comisia de evaluare, în raport de prevederile legale anterior indicate, dar și urmarea procedurii administrativ-jurisdicționale/judiciare. Indiferent de aprecierea proprie a acesteia f...l avea obligația clară de a declara existența acestor acte și de a-si asuma posibilitatea de a fi exclusă din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte. O asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal, în sensul art. 2 din Legea 99/2016. [...] Trecerea cu vederea a unei asemenea situații și neexcluderea ofertantului F. din procedură în acest temei - deși este indiscutabil faptul că acesta a declarat fals - goleşte de orice conținut prevederea legală imperativă din art. 180 alin. 1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 și face inutilă și irelevantă declarația pe propria răspundere - DUAЕ, ofertanții putând declara orice, având garanția că nu vor suporta vreo consecință negativă”.*

Contestatorul apreciază că nu poate fi reținut în soluționarea contestației argumentul invocat de societatea intervenientă conform căruia TERRA BUILDING a fost declarat ofertant admisibil și câștigător în alte proceduri de achiziție publică în condițiile în care a elaborat în mod similar DUAЕ. Din contră, contestatorul consideră că acest aspect confirmă fie insuficiența cunoașterii a dispozițiilor legale, fie atitudinea de rea-credință a acestui operator economic. De asemenea, contestatorul arată că, „este sesizabilă lipsa de diligență din partea autorităților contractante care își încalcă obligația de verificare a credibilității ofertanților”. În speță, MIPE avea obligația să exercite un rol activ în evaluare a ofertelor, să consulte documentul constatator emis de Primăria Sibiu pentru TERRA BUILDING (publicat în SEAP) și să solicite eventuale clarificări respectivului ofertant anterior adoptării unei decizii privind admisibilitatea ofertei.

În condițiile în care, în mod culpabil și conștient, TERRA BUILDING a completat în mod necorespunzător DUAЕ, contestatorul susține că, rezultă din actele de evaluare că autoritatea contractantă nu a fost în măsură să verifice existența unui potențial motiv de excludere, împrejurare de natură să determine excluderea din procedura de atribuire a ofertantului câștigător ca urmare a incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

2. Lipsa capacității de exercitare a activității profesionale

Cu prioritate, contestatorul solicită a se constata greșita înțelegere de către MIPE și TERRA BUILDING a criticii formulate de către societatea sa în

cea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale. Astfel, contestatorul arată că a invocat în cuprinsul contestației că obiectul, scopul și ponderea cea mai importantă din viitorul contract de achiziție publică o reprezintă alte activități decât cele de construcții pentru care deține TERRA BUILDING cod CAEN specific.

Din cuprinsul cererii de intervenție rezultă că prin oferta tehnică s-ar fi precizat că s-a alocat liderului de asociere Activitatea 2.3 din Pachetul 2, respectiv marcarea și semnalizarea rutelor turistice/culturale.

Or, contestatorul susține că, raportat la obiectul principal al contractului de achiziție publică care constă în prestarea de servicii, este evident că lucrările de montare a mijloacelor de semnalizare a obiectivelor turistice nu pot deține o pondere de 43,29% din valoarea achiziției.

Contrar afirmațiilor formulate de intervenientă privind pretinsa nemotivare a contestației, contestatorul solicită a se constata ca fiind dovedită critica privind lipsa capacității de exercitare a activității profesionale de conținutul propunerii financiare la care face referire TERRA BUILDING în scopul inducerii în eroare a Consiliului.

Astfel, contestatorul consideră că se constată indubitabil că pentru Activitatea 2.3 din Pachetul 2 din Caietul de sarcini pe care și-a asumat că o va realiza TERRA BUILDING s-a oferit valoarea de 12.876.786,00 RON care, raportat la prețul total al ofertei de 39.831.307 RON, reprezintă aproximativ 32,33%, cu mult sub ponderea declarată în acordul de asociere de 43,29%.

Contestatorul sesizează astfel o dovadă suplimentară privind atitudinea de rea-credință pe care o dovedește TERRA BUILDING atât prin modul în care a completat DUAЕ cât și prin afirmația conform căreia ponderea activității pe care o realiza în cadrul contractului este corelată cu propunerea financiară.

Mai mult, contestatorul solicită a se constata că Activitatea 2.3 din Pachetul 2 din Caietul de sarcini implică, pe lângă lucrări de instalare a panourilor de semnalizare, și achiziția de mijloace de semnalizare, precum și cartografierea măsurilor de semnalizare, activități care exced codificării CAEN 4211 la care face referire TERRA BUILDING.

În consecință, raportat la incapacitatea profesională a asociatului TERRA BUILDING de a realiza activitățile care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică, contestatorul consideră că, autoritatea contactantă avea obligația legală de a respinge oferta Asocierii TERRA BUILDING - EVENTYA CO.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliul să constate că verificarea ofertei societății câștigătoare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile formulate privind nelegalitatea evaluării ofertei respective se impun a fi admise.

De asemenea, contestatorul arată că, instanțele de judecată au evidențiat, în cadrul hotărârilor pronunțate, importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite în documentațiile de atribuire, cunoscut fiind faptul că, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei.

În sensul dat, contestatorul apreciază că relevante sunt considerentele Deciziei civile nr 3274 din 24 septembrie 2012, pronunțată de Curtea de Apel București care a statuat că: *„în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.”*

Așadar, contestatorul consideră că, argumentele prezentate în cuprinsul contestației și în prezentele concluzii scrise fac dovada deplină a faptului că decizia autorității contractante privind declararea ofertei TERRA BUILDING drept admisibilă și câștigătoare, a fost emisă cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, aspect pentru care solicită *„să dispuneți măsurile de restabilire a legalității necesare, respectiv anularea actelor criticate și obligarea MIPE la reevaluarea ofertei în discuție prin aplicarea legislației și a regulilor documentației de atribuire.”*

III. Inadmisibilitatea și tardivitatea criticilor privin oferta asocierii GMP

Contestatorul solicită a se constata că, în scopul evident de a evita constituirea cauțiunii, în loc să formuleze o eventuală contestație prin care să critice admisibilitatea ofertei asocierii din care face parte, TERRA BUILDING a ales să formuleze o cerere de intervenție în interes propriu inadmisibilă.

Astfel, contestatorul arată faptul că, precum rezultă din prevederile Legii nr. 101/2016 (art. 2, 3 și 8 coroborate), persoanele care se consideră vătămate de actele autorității contractante au dreptul de a formula contestație împotriva acestor acte, cu respectarea termenelor și procedurii prevăzute de lege și cu obligația de constituire a cauțiunii, conform art. 61¹ din respectivul act normativ.

În sensul dat, cu titlu de jurisprudență, contestatorul invocă Decizia CNSC nr. 344/ C2/91 din 18.02.2021 și indică, ca fiind relevante paginile 12-14 din care citează:

„În ceea ce privește intervenția unui ofertant respins sau necâștigător, formulată pe această cale a unei cereri de intervenție doar pentru a evita îndeplinirea anumitor obligații referitoare la constituirea cauțiunii sau depășirea termenului, practica este aceea de calificare a cererii de intervenție drept contestație sau de a respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție.

Prin decizia civilă nr. 5497/2017, Curtea de Apel București-Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal a respins plângerea formulată de un ofertant clasat pe locul 2 într-o procedură de atribuire și care a formulat cerere de intervenție și nu contestație, aducând următoarele argumente:

Configurația instituției contestației și cea a cererii de intervenție principală nu permit, în reglementarea Legii nr. 101/2016, contestarea rezultatului procedurii pe calea intervenției principale în cadrul contestației formulate la Consiliu de către un alt ofertant, fără respectarea procedurii notificării prealabile și a termenului prevăzut de lege pentru contestație.

Consiliul mai reține că actul prin care ... a luat cunoștință de rezultatul procedurii este adresa nr. .../04.01.2021. Prin urmare, la data de 28.01.2021, când ... a formulat cererea de intervenție, acest act nu mai

putea face obiectul vreunei căi de atac, termenul de depunere a vreunei contestații fiind expirat.

Astfel cum rezultă din cele de mai sus, indiferent cum este formulată cererea, respectiv cerere de intervenție voluntară/contestație, pentru a fi aptă să modifice rezultatul procedurii în partea dedicată ofertei sale, ea trebuia depusă în termenul legal de contestare, însoțită de cauțiune".

Contestatorul consideră că, aceste considerente jurisprudențiale sunt perfect aplicabile și în cauză atât din perspectiva indamisibilității căii de atac alese de către TERRA BUILDING (intervenție principală în loc de contestație și constituire cauțiune) cât și raportat la tardivitatea criticilor formulate față de data la care societatea concurentă a luat cunoștință de admisibilitatea ofertei sale, respectiv la momentul publicării (20.12.2022) Raportului procedurii de atribuire nr. 153674/19.12.2022.

Mai mult, contestatorul susține că, relevantă în acest sens este jurisprudența obligatorie a CJUE care, în Hotărârea din 24 februarie 2022 pronunțată în Cauza C-532/20 Alstom Transport, a reținut în mod expres că „[...] un adjudecatar poate fi obligat să respecte un termen pentru introducerea unei căi de atac împotriva unei decizii a entității contractante de admitere a participării la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice a unui ofertant necâștigător, chiar și în ipoteza în care această decizie face parte din decizia de desemnare a adjudecatarului ca atare și chiar dacă, la acea dată, ofertantul respectiv nu a introdus sau nu a introdus încă o cale de atac împotriva acestei din urmă decizii". Astfel, contestatorul arată că, conform deciziei CJUE, indiferent dacă a promovat sau nu contestație împotriva ofertantului câștigător, acesta avea posibilitatea să conteste oferta sa cu respectarea termenului legal de 10 zile calculat de la data la care a luat cunoștință de admisibilitatea acestei oferte, respectiv de la momentul publicării în SEAP a Raportului procedurii.

Prin urmare, contestatorul reiterează solicitarea de a se constata că, pe lângă faptul că a ales o cale de atac evident inadmisibilă în materia achizițiilor publice, TERRA BUILDING critică tardiv oferta asocierii sale.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) și ale alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016, să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată, anularea actelor atacate, iar, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei câștigătoare.

Prin adresa nr. 67/20.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 3589/25.01.2023, intervenientul a depus „concluzii scrise”, ca urmare a studierii dosarului cauzei la data de 18.01.2023 și a Concluziilor scrise transmise de GMP COMMUNITY S.R.L., prin care a arătat că înțelege să își mențină integral argumentele din cuprinsul cererii de intervenție cu privire la respingerea contestației.

Astfel, intervenientul arată că, analizând concluziile scrise ale GMP COMMUNITY S.R.L., se va observa că, „și după studierea documentelor ce compun dosarul achiziției, GMP COMMUNITY S.R.L. face simple afirmații, bazate pe presupuneri și convingeri care nu sunt susținute de probe concrete și temeinice în ceea ce privește presupusele nereguli invocate.”

În loc să prezinte motivele în fapt concrete și reale, intervenientul apreciază că „se poate constata că întreaga contestație este construită pe simple speculații, fără nicio susținere în concret, GMP COMMUNITY S.R.L. nereușind practic să puncteze elementele ofertei noastre care nu corespund din punct de vedere tehnic, economic sau legal și nici să prezinte materialul probator temeinic și pertinent pe care își sprijină afirmațiile”. În realitate, intervenientul consideră că „intenția contestatorului a fost de a obține acces la dosarul achiziției, mai precis la propunerea noastră tehnică și financiară și să completeze, după studiu, contestația cu noi motive de fapt și noi capete de cerere prin intermediul concluziilor scrise”.

Intervenientul susține că „această nouă critică” formulată de GMP COMMUNITY S.R.L. este atât tardivă cât și inadmisibilă pe calea concluziilor scrise. De altfel, intervenientul consideră că, afirmațiile GMP COMMUNITY S.R.L. cu privire la favorizarea ofertei sale sunt lipsite de orice suport, cu atât mai mult cu cât nu se menționează cum poate fi încălcat principiul tratamentului egal în raport cu ceilalți ofertanți, în condițiile în care avizul nr. 18609/29140/CN1046161/AC/13.12.2022 emis de ANAP atestă tocmai că autoritatea contractantă a aplicat exact același tratament atât Asocierii TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO S.R.L. cât și Asocierii GÂNDUL MEDIA NETWORK - EDU TECH LABS. Mai mult, intervenientul învederează faptul că, nici avizul conform condiționat eliberat de ANAP nu prezintă relevanță având în vedere că, la data de 20.12.2022 aceeași autoritate a emis Avizul conform necondiționat final, pentru controlul de calitate și regularitate a fazei privind concluziile finale cuprinse în Raportul procedurii nr. 153674/19.12.2022.

De asemenea, intervenientul arată că, procedura în fata Consiliului este una extrem de celeră și supusa unor rigori pe măsură, astfel că, nu se poate veni în a 19-a zi de la depunerea contestației cu noi motive de contestare, după cum nu se poate veni cu o contestație nemotivată și pentru care motivarea să fie formulată în a 19-a zi de la depunerea ei, întrucât, o astfel de variantă, ar duce la deturnarea termenelor de contestare și a, însăși, celerității procedurii. Mai mult, intervenientul consideră că, orice completare a contestației cu noi acuzații la adresa sa, în afara termenului legal de contestare a actului vătămător, este evident incompatibilă cu dispozițiile normative în vigoare.

Este adevărat că legislația în materia achizițiilor publice recunoaște dreptul părților de a depune concluzii scrise în cursul procedurii, însă, intervenientul arată că, instituția juridică a concluziilor scrise nu se confundă cu cea a completării elementelor esențiale ale contestației, cum ar fi obiectul, motivarea sau chiar semnarea, GMP COMMUNITY S.R.L. având o viziune greșită asupra noțiunii de "concluzii scrise", înțelegând prin aceasta că poate să aducă noi acuzații părții adverse. În realitate, intervenientul arată că, concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererii supuse dezbaterii, nu motivarea însăși a cererii sau o nouă motivare a ei.

În consecință, intervenientul consideră că, motivele de completare a contestației pe care GMP COMMUNITY S.R.L. le aduce la adresa evaluării ofertei sale, prin intermediul concluziilor scrise depuse la data de 18.01.2023,

se impun a fi înlăturate ca tardive și inadmisibile, neputând fi reținute pentru analizare, depășind cadrul procesual cu care a fost investit Consiliul.

Cu privire la excluderea din procedura a ofertei sale, intervenientul consideră că GMP COMMUNITY S.R.L. încearcă să se substituie comisiei de evaluare deși doar aceasta din urma este îndrituită, conform prevederilor legale, să dispună cu privire la conformitatea ofertelor prezentate de operatorii economici în acord cu documentația de atribuire.

Reiterează că Documentul constatator nr. 14205/24.02.2022 nu constituie motiv de excludere a TERRA BUILDING S.R.L. în temeiul prevederilor art. 167 alin (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, din lecturarea acestuia reieșind că nu este întrunită situația vreunei încălcări grave sau repetate a obligațiilor principale care îi reveneau în cadrul contractului nr. 177, nu sunt menționate abateri de la calitatea lucrărilor, nici litigii sau rezilierea contractului, ci contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător fără prejudicii sau pagube, iar pentru nerespectarea graficului de lucrări au fost percepute penalități contractuale, dar aceasta, fiind o chestiune minoră, nu este echivalentă, în opinia intervenientului, cu plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Așadar, având în vedere că documentul constatator nu descrie vreo situație în care TERRA BUILDING S.R.L. să se regăsească în motivele de excludere descrise la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu este întrunită nici situația nedeclarării unei situații de potențială excludere.

Cu privire la lipsa capacității de exercitare a activității profesionale, intervenientul reiterează „caracterul fals și nefondat al remarcilor GMP COMMUNITY S.R.L., care se rezumă doar la stadiul de simple afirmații, în condițiile în care nu sunt motivate în niciun fel.

Astfel, TERRA BUILDING S.R.L. nu și-a asumat realizarea Activității 2.3. din pachetul 2 la valoarea de 12.876.760,00 lei, din centralizatorul său de prețuri (pag. 5) rezultând fără echivoc, că valoarea amintită de GMP COMMUNITY S.R.L. este doar o valoare parțială și nu reprezintă întreaga valoare a Activității 2.3 realizată de TERRA BUILDING S.R.L.

Mai mult, intervenientul consideră afirmația GMP COMMUNITY S.R.L.: *„raportat la obiectul principal al contractului e achiziție publică care consta în prestarea de servicii, este evident ca lucrările de montare a mijloacelor de semnalizare a obiectivelor nu pot deține o pondere de 43,29% din valoarea achiziției”,* atât nefondată, „cât mai cu seamă ridicolă”, având în vedere că aceleași lucrări de montare a mijloacelor de semnalizare a obiectivelor, mai exact aceeași Activitatea 2.3 deține o pondere de 44,985% din valoarea ofertei ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., iar pentru afirmația: *„Activitatea 2.3. din pachetul 2 implică, pe lângă lucrări de instalare a panourilor de semnalizare și achiziția de mijloace de semnalizare, precum și cartografierea măsurilor de semnalizare, activități care exced codificării CAEN 4211”,* reiterează susținerile din conținutul cererii de intervenție, la pag. 15-17:

„Din analiza responsabilităților ce trebuie îndeplinite pentru realizarea acestei Activități, se poate concluziona ca acestea sunt accesorii lucrărilor de drumuri, lucrări care se realizează numai în conformitate cu standardele și normativele tehnice în vigoare și aparțin claselor CAEN:

1. CAEN 4211 - *Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, care cuprinde:*

- *construcția de autostrăzi, străzi, drumuri și alte cai de acces pentru vehicule și pietoni*

- *lucrări de suprafață pe străzi, drumuri, autostrăzi, poduri sau tuneluri:*

- *asfaltarea drumurilor*

- *lucrări de marcare a drumurilor și alte marcaje*

- *instalarea de grilaje de protecție, indicatoare de circulație și alte dispozitive similare construcția pistelor de aerodrom*

2. CAEN 7112 - *Activități de inginerie și consultanță tehnică, care cuprinde:*

- *activități de inginerie (adică aplicarea-legilor fizice și a principiilor de inginerie în proiectarea mașinilor, materialelor, instrumentelor, structurilor, proceselor și sistemelor) și activități de consultanță pentru:*

- *utilaje, procese industriale și instalații industriale*

- *realizarea de proiecte privind ingineria civilă, hidraulică și de trafic*

- *proiecte de gospodărire a apelor*

- *elaborarea și realizarea de proiecte referitoare la ingineria electrică și electronică, minieră, chimică, mecanică, industrială și de securitate tehnică*

- *elaborarea proiectelor referitoare la instalații de aer condiționat, refrigerare, sanitare și de control al poluării, inclusiv acustică etc.*

- *prospecțiuni geofizice, geologice și supraveghere seismică*

- *activități de supraveghere geodezică:*

- *activități de supraveghere hidrologică*

- *activități de supraveghere a terenurilor și delimitărilor*

- *activități de supraveghere de adâncime*

- *cartografie”.*

Din analiza certificatului constatator emis de Registrul Comerțului pentru TERRA BUILDING S.R.L. reiese evident că aceasta are înregistrate codurile CAEN 4211 - domeniul principal de activitate al TERRA BUILDING S.R.L și 7112, corespondente întocmai pentru partea de contract pe care o va realiza, codurile CAEN ale membrilor asocierii ASOCIEREA TERRA BUILDING S.R.L. - EVENTYA CO S.R.L. acoperind astfel întreg obiectul contractului.

Astfel, intervenientul apreciază criticile ca fiind nemotivate și solicită respingerea acestora „ca atare”, în considerarea prevederilor art. 10 alin. (1) lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră contestația trebuie să cuprindă motivarea în fapt și în drept cu privire la toate aspectele ce sunt propuse spre analiză, cu indicarea motivelor concrete care ar conduce la nelegalitatea sau netemeinicia unui act emis de autoritatea contractantă. Intervenientul arată că, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate, motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu „să fie o formă fără fond, o contestație de dragul contestării sau o contestație motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției.”

Intervenientul consideră că, „simple afirmații gratuite”, nu pot fi apreciate ca fiind critici concrete și nu sunt suficiente în a considera că GMP COMMUNITY S.R.L. a formulat o contestație motivată în fapt. Mai mult, intervenientul arată că, în contestație nu există niciun element, nicio

motivare legată de netemeinicia declarării ofertei sale câștigătoare, nu există motive, dovezi reale în baza cărora să se constate că decizia autorității contractante în acest sens nu ar fi temeinică și legală.

În opinia intervenientului, pretențiile GMP COMMUNITY S.R.L. sunt lipsite de orice suport probator, întrucât nu sunt aduse niciun fel de dovezi/probe concludente, certe și pertinente cu privire la neconformitatea ofertei sale, în raport cu cerințele caietului de sarcini și prevederile legale în materia achizițiilor publice. În consecință, intervenientul consideră că, și acest motiv invocat de GMP COMMUNITY S.R.L., se impune a fi respins ca fiind nefondat și nedovedit, având în vedere că, oricine face o cerere spre a fi judecată trebuie să o și dovedească.

Cu privire la inadmisibilitatea și tardivitatea criticilor privind oferta Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L, intervenientul face precizarea că Asocieria sa nu se consideră vătămată de actele autorității contractante, nu are un interes legitim de a formula o contestație atâta vreme cât oferta sa este câștigătoare și nu a ales să formuleze critici în cadrul cererii de intervenție cu scopul de a evita constituirea cauțiunii.

Astfel, intervenientul arată că, în conținutul cererii de intervenție societatea sa a apreciat necesară respingerea contestației ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L ca fiind neîntemeiată, nemotivată în fapt și chiar lipsită de interes, având în vedere că legislația în materia achizițiilor publice nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate.

Așadar, analizând propunerea tehnică, declarațiile DUAE și documentele de calificare ale celor 3 membrii, intervenientul arată că are certitudinea că ASOCIEREA GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. nu a subcontractat nicio activitate, iar membrii asocierii au declarat la nivelul DUAE că îndeplinesc cerința cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale prevăzută în fișa de date la pct. III.l.l.b), la secțiunea A: CAPACITATEA DE A CORESPUNDE CERINȚELOR, înscrierea în registrul comerțului, toți membrii asocierii selectând varianta DA, deși niciunul nu are înregistrată activitatea aferentă codurilor CAEN 4211 și 7112.

În cauza dedusă judecății, intervenientul apreciază că este fără putință de tăgadă faptul că interesul GMP COMMUNITY S.R.L. atât în depunerea ofertei, cât și în promovarea căii de atac, trebuie să fie acela al atribuirii contractului, dar, în cazul în care s-ar admite contestația, astfel cum a fost formulată de GMP COMMUNITY S.R.L, beneficiul atribuirii contractului nu există pentru ASOCIEREA GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., consecința fiind doar aceea a clasării pe un loc superior celui pe care îl ocupă în acest moment cu consecința imediată a respingerii ofertei sale.

Atribuirea unei poziții în clasament în funcție de criteriul de atribuire nu corespunde și situației finale după încheierea evaluării criteriul de atribuire nu este echivalentul atribuirii contractului, fiind necesar ca ofertantul clasat pe primul loc să îndeplinească și celelalte criterii solicitate în fișa de date. În cazul în care ASOCIEREA GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. -

GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. ar fi clasată pe primul loc, membrii săi ar fi obligați să probeze cele declarate la nivelul DUAE, prin prezentarea de dovezi concrete în acest sens, în caz contrar oferta lor fiind inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Or, intervenientul susține că, certificatele constatatoare ale membrilor confirmă, fără echivoc, că Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L nu poate să facă dovada că, la data depunerii ofertelor, avea capacitatea de exercițiu profesională pentru realizarea obiectului contractului în întregul său, inclusiv a Activității 2.3, astfel cum a arătat în cererea de intervenție, neavând astfel posibilitatea reală de a fi vreodată declarată câștigătoare a acestei procedurii.

Mai mult decât atât, intervenientul apreciază că, absolut nimic nu poate să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., în sensul transformării acesteia în una acceptabilă și să-i asigure accesul la încheierea contractului, iminenta decizie de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale fiind o consecință directă și imediată a neîndeplinirii criteriului de calificare impus expres în documentația de atribuire cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Intervenientul arată că, conform prevederilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, pentru a putea fi considerată persoana vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatorul trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante. În condițiile în care oferta ASOCIERII GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. nu poate fi declarată admisibilă și câștigătoare, intervenientul apreciază că, este subînțeles că nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante de calificare și declarare câștigătoare a unei alte oferte.

În plus, intervenientul arată că, potrivit dispozițiilor art. 32 alin. (1) din Cod de procedură civilă „Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia (...) d) justifică un interes”, iar potrivit dispozițiilor art. 33 din Cod de procedură civilă, „Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual (...)”. Deși, nici Legea nr. 98/2016 și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea a GMP COMMUNITY S.R.L, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual, iar un interes eventual nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității.

Așadar, intervenientul solicită să se constate că, în ipoteza în care s-ar admite contestația astfel cum a fost formulată de GMP COMMUNITY S.R.L., Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L nu ar obține niciun folos practic, dat fiind că soluția ar avea

drept consecința imediată și respingerea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., întrucât niciunul din membrii săi nu îndeplinește cerința minimă de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale pentru Activitatea 2.3.

În condițiile în care nu există nicio posibilitate de atribuire a contractului către Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L., intervenientul susține că, nu există niciun interes actual și direct al acesteia sau posibilitatea cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, Asocieria GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. nu are interes legitim, în legătură cu această procedura de atribuire, necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum impun prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, date fiind dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora dovedirea interesului legitim reprezintă un element obligatoriu în formularea unei contestații, iar contestația formulată de GMP COMMUNITY S.R.L. nu cuprinde un astfel de element, intervenientul solicită Consiliului să admită excepția privind lipsa de interes a contestației Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L. - WEBSTYLER S.R.L. - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L. și pe cale de consecință să o respingă ca lipsită de interes, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

În sensul dat, intervenientul invocă, în soluționare, considerentele Deciziei civile nr. 6243/2012, pronunțată de Curtea de Apel Cluj într-o speță similară, în care instanța a menționat că *„interesul unui ofertant, participant la procedura de atribuire, în contestarea rezultatului acesteia, poate fi justificat, sub aspectul folosului practic urmărit prin demersul legal (conform condiției ca interesul să fie născut și actual) numai în cazul în care acesta ar dovedi un beneficiu direct pe care acesta l-ar obține în cazul admiterii contestației sale. (...) După cum s-a arătat în doctrina, interesul este o condiție de promovabilitate a oricărui demers judiciar, iar în mod special, în materia achizițiilor publice, interesul în promovarea unei contestată este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică. (...) Așa fiind, este exclusă condiția existenței unui interes legitim, actual și direct și, totodată, a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce, chiar urmare a reevaluării dispuse de către C.N.S.C., nu ar putea fi luată nicio măsură prin prisma căreia să se poată aprecia că intimata-contestatoare justifică existența unui folos practic ce ar fi urmărit prin promovarea demersului.”*

În soluționare, intervenientul apreciază relevant și faptul că, în hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH fur den Donaauraum AG (W~ED], s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit

contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precizat permite statelor membre să îngreiească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat. În această direcție este și precedentul devenit practica statornică a instanțelor de judecată.

Intervenientul consideră relevante în cauză și următoarele decizii pronunțate de instanțe, respectiv:

- Sentința civilă nr. 132/CA din 19 august 2015 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, respectiv următoarele considerente: *"Criticile privind oferta declarată castigatoare sunt lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei este inacceptabilă. Anularea procedurii de atribuire și posibilitatea reluării ei nu probează interesul contestatoarei"*;

- Sentința civilă nr. 232/CA din 24 noiembrie 2016 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a Civilă, de Contencios administrativ și Fiscal: *"Cum oferta parâtei este neconformă, aceasta nu riscă să suporte un prejudiciu actual ca urmare a desemnării unei alte oferte câștigătoare, întrucât respingerea acesteia nu ar determina atribuirea contractului către parata"*;

- Curtea de Apel Pitești, Secția Comercială și de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 645 din 05.06.2009: *"Asupra fondului plângerii contestatoarei se constată faptul ca ofertanta contestatoare invocă nereguli în privința ofertei depuse de o alta societate, fara a avea în vedere faptul ca, pentru a putea critica oferta depusa de un alt participant este necesar ca oferta sa sa fie admisibilă în funcție de criteriile menționate de autoritatea contractantă, în caz contrar, orice critici aduse în raport cu situația celorlalți participanți relevându-se ca fiind lipsite de interes. Nu este primit nici argumentul potrivit căruia anularea procedurii actuale da contestatoarei posibilitatea de a participa din nou la procedura ca urmare a reluării acesteia, tocmai pentru ca interesul verificat în cauza nu poate fi raportat la un eveniment viitor și incert, ci doar la procedura actuală în care a participat și în legătură cu care interesul său este născut și actual"*.

Așadar, intervenientul arată că, cerințele de calificare, astfel cum au fost elaborate de către autoritatea contractantă, au drept scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic. Mai mult, având în vedere amploarea procedurii, complexitatea proiectului și impactul său național și chiar internațional, autoritatea contractantă, prin analiza ofertelor în ansamblu lor, trebuie să își formeze convingerea că ofertantul declarat câștigător este unul serios care a înțeles pe deplin cerințele acesteia astfel încât să poată finaliza cu succes proiectul pentru care a ofertat.

Prin toate documentele prezentate, Asociera Terra Building S.R.L - Eventya Co S.R.L. consideră că a făcut dovada că are capacitatea tehnică, "profesională și organizatorică de a îndeplini contractul, angajându-se alături de personalul propus și cu toate resursele, să asigure derularea contractului în condițiile de performanță stabilite prin documentația de atribuire."

Intervenientul susține că, oferta sa respectă întru-totul prevederile legale impuse în materia achizițiilor publice, propunerea sa financiară fiind perfect corelată cu elementele propunerii tehnice și nu există niciun element care ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului. ASOCIEREA TERRA BUILDING S.R.L. - EVENTYA CO S.R.L. arată că, se angajează să presteze serviciile solicitate (cantitativ și calitativ) conform cerințelor din caietul de sarcini reflectate în Propunerea sa tehnica, la prețurile din Oferta financiară cu încadrarea în bugetul total ofertat, în timp ce oferta Asocierii GMP ADVERTISING S.R.L - WEBSTYLER S.R.L - GMP PUBLIC RELATIONS S.R.L nu satisface o cerință esențială a caietului de sarcini pentru desfășurarea contractului în condiții de legalitate, fiind inacceptabilă în accepțiunea art. 137 alin. (2) lit. b din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, intervenientul solicită Consiliul ca, prin hotărârea ce o va pronunța să dispună respingerea contestației în baza excepțiilor invocate/apărărilor formulate în Cererea de intervenție și în prezentele Concluzii scrise, precum și menținerea tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire.

2. Prin contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3610/25.01.2023, depusă tot de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING), lider al Asocierii GMP ADVERTISING SRL- WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, reprezentată convențional prin Societatea Civilă de Avocați „Ceparu și Irimia”, împotriva proceselor verbale nr. 145164/05.12.2022, nr. 146865/ 07.12.2022, nr. 148362/09.12.2022 și nr. 150646/14.12.2022 de evaluarea a propunerii financiare prezentate de Asociera TERRA BUILDING SRL- EVENTYA CO SRL, în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, organizată de către MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE), în calitate de autoritate contractantă, solicitând: „anularea actelor contestate și pe cale de consecință, anularea deciziei prin care oferta depusă de Asociera TERRA BUILDING S.R.L - EVENTYA CO S.R.L. a fost declarată admisibilă și câștigătoare și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei respective de la etapa verificării conformității propunerii financiare”.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, GMP COMMUNITY (fostă GMP ADVERTISING prin schimbarea denumirii) a depus ofertă comună în asociere cu WEBSTYLER SRL și GMP PUBLIC RELATIONS SRL, cu respectarea cerințelor obligatorii din cuprinsul documentației de atribuire, conform Raportului procedurii de atribuire nr. 153674/19.12.2022, oferta sa fiind declarată admisibilă dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, câștigătoare fiind declarată oferta Asocierii TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL.

Astfel, contestatorul învederează, precum rezultă din Adresa MIPE nr. 155900/22.12.2022 și din Procesul-verbal nr. 159148/29.12.2022, că autoritatea contractantă a refuzat accesul la oferta câștigătoare (propunerea tehnică și financiară), la solicitările de clarificări, la răspunsurile la acestea și la procesele verbale de evaluare a elementelor tehnice și financiare, pe motiv că aceste documente conțin informații confidențiale.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, contestatorul arată că, a formulat contestația ce face obiectul Dosarului nr. 5/C10/2023 prin care a

criticat oferta câștigătoare din perspectiva existenței unui motiv de excludere și al caracterului inacceptabil pentru neîndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, sens în care, în temeiul dispozițiilor art. 17 din Legea nr. 101/2016, solicită conexarea contestației la Dosarul nr. 5/C10/2023.

Ca urmare a studierii documentelor puse la dispoziție de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), contestatorul precizează că a avut acces la conținutul propunerii financiare a Asocierii TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL și la rapoartele de evaluare emise de MIPE în legătură cu respectiva componentă a ofertei, împrejurare care determină formularea acestei noi contestații împotriva actelor de evaluare a propunerilor financiare în termenul legal de 10 zile calculate de la data luării la cunoștință de actele atacate (12.01.2023).

Astfel, contestatorul a constatat nerespectarea cerințelor privind elaboarea propunerii financiare dar și faptul că, prin răspunsurile furnizate la solicitările de clarificări, ofertantul în cauză și-a modificat în mod nepermis propunerea financiară, iar autoritatea contractantă, în loc să dispună respingerea ofertei respective, a solicitat clarificări și a acceptat nelegal modificarea ofertei financiare, încălcând astfel în mod grav principiul tratamentului egal al ofertanților.

Contestatorul arată că, potrivit pct.IV.4.2, „Modul de prezentare al propunerii financiare” din Fișa de date a achiziției, „Propunerea Financiară va cuprinde prețul total ofertat, care se completează și se criptează în S.E.A.P. Ofertanții au obligația, pe lângă completarea prețului în S.E.A.P la rubrica special prevăzută, și de a depune formularele din care este compusă propunerea Financiară, semnate cu semnătură electronică, în secțiunea dedicată din SEAP. Propunerea financiară (valoarea ofertei va fi exprimată în lei, fără TVA) va cuprinde: prețul total ofertat la nivelul întregului contract, care se completează în S.E.A.P. la rubrica special prevăzută, ca expresie a valorii ofertate pentru execuția întregului contract conform formularului de ofertă atașat documentației de atribuire la secțiunea formulare. Prețul ofertei va fi prezentat în Formularul de Ofertă și detaliat în anexa la formularul de ofertă. Prețurile unitare cuprinse în propunerea financiară vor fi stabilite în leinu vor cuprinde TVA și vor fi exprimate cu maxim două zecimale. Propunerea financiară are caracter ferm și obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului și prevederilor pe toată perioada de valabilitate a ofertei. Actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă, îl reprezintă FORMULARUL DE OFERTĂ”.

De asemenea, contestatorul învederează că, în Anexă la Formularul nr. 7 - Formular de propunere financiară, autoritatea contractantă a detaliat modalitatea de elaborare a propunerii financiare prin raportare la activitățile care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică, iar în partea finală a anexei la formular, se menționează în mod expres că „Valoarea raportului final pentru întregul contract să fie de minimum 5%”, aceeași condiționare regăsindu-se și în cuprinsul Caietului de sarcini, la pag. 55.

Mai mult, contestatorul consideră, astfel cum a reieșit din oferta financiară a Asocierii TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL, clarificările

la aceasta și procesele - verbale de evaluare a elaborate de MIPE, documente la care a avut acces exclusiv cu ocazia studiului de dosar pus la dispoziție de CNSC în data de 12 ianuarie 2023 (*precum rezultă din Adresa MIPE nr. 155900/22.12.2022 și din Procesul-verbal nr. 159148/29.12.2022, autoritatea contractantă a refuzat accesul la oferta câștigătoare (propunerea tehnică și financiară), la solicitările de clarificări, la răspunsurile la acestea și la procesele verbale de evaluare a elementelor tehnice și financiare pe motiv că aceste documente conțin informații confidențiale*), că această cerință obligatorie a documentației de atribuire a fost nesocotită în mod flagrant de ofertant care a propus o valoare de 32.000 lei pentru Raportul final, sumă cu mult sub pragul minim de 5% din valoarea ofertei impus prin documentația de atribuire, mai exact 0.08% din valoarea ofertei. În opinia contestatorului, este astfel evidentă intenția ofertantului de a-și procura un avantaj prin diminuarea sumei finale pe care trebuie să o primească de la autoritatea contractantă.

Contestatorul arată că, constatând grava deficiență a ofertei câștigătoare, autoritatea contractantă a solicitat clarificări, nesocotind în mod grav dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul tratamentului egal al ofertanților statuat de art. 2 din Legea nr. 98/2016. Pentru respectarea egalității de tratament, contestatorul învederează că este permis în mod excepțional de lege și de jurisprudență să fie rectificate sau completate punctual anumite informații din ofertă dacă este necesară o simplă clarificare sau îndreptarea unei erori evidente, condiții care nu sunt respectate în speță raportat la încălcarea evidentă a unei cerințe obligatorii a documentației de atribuire privind modul de structurare a propunerii financiare.

În răspunsul furnizat prin adresa nr. 794/06.12.2022, ofertantul câștigător a menționat că și-a asumat respectarea tuturor cerințelor din caietul de sarcini și că prețurile unitare de la activitatea 3.2 au fost operate eronat, motiv pentru care a retransmis anexa la propunerea financiară cu respectarea procentului minim de 5% prin diminuarea prețului rapoartelor trimestriale aferente activității 3.2 și majorarea prețului pentru raportul final. Astfel, contestatorul apreciază că, este evident că modificarea prețului unitar de la 32.000 lei la 3.281.000 lei pentru raportul final și a prețului unitar de la 32.000 lei la 302.750 lei pentru rapoartele trimestriale aferente activității 3.2 nu este consecința unor simple greșeli de tehnoredactare invocate în mod tendențios de ofertant.

Mai mult, contestatorul consideră că un astfel de demers reprezintă, în mod neîndoielnic, o modificare a propunerii financiare care trebuia sancționată drastic prin respingerea ofertei potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Contrar concluziilor exprimate de comisia de evaluare în procesul-verbal nr. 150646/14.12.2022, contestatorul susține că modificarea elementelor sus-menționate ale propunerii financiare nu reprezintă un viciu de formă în înțelesul dispozițiilor art. 135 din HG nr. 395/2016, nefiind îndeplinite condițiile strict și expres prevăzute de actul normativ. Astfel, contestatorul arată că nu ne aflăm în ipoteza corelării unor informații din ofertă ci a introducerii unor valori care nu se regăseau în propunerea financiară inițială.

Mai mult, contestatorul apreciază că, corectarea propunerii financiare este de natură să producă un avantaj incorect ofertantului câștigător prin raportare la asocierea sa, care a respectat întocmai cerința din documentația de atribuire privind valoarea minimă ofertată pentru Raportul final.

Totodată, contestatorul apreciază că, o altă modificare flagrantă a propunerii financiare este sesizabilă și în ceea ce privește prețul unitar al Rapoartelor trimestriale aferente activității 1.5 Asigurarea funcționalității aplicației pe durata contractului și în perioada de garanție de 5 ani de la finalizarea contractului, ofertat la valoarea de 34.500,00 lei/raport.

La solicitarea autorității contractante de a corela propunerea financiară cu propunerea tehnică și dispozițiile caietului de sarcini în ceea ce privește numărul de rapoarte trimestriale pentru activitatea 1.5, contestatorul arată că, ofertantul câștigător a răspuns prin adresa nr. 801/08.12.2022 în sensul că dintr-o eroare tehnică a softului de calcul în anexa la propunerea financiară a fost menționat un număr de 30 rapoarte în loc de 12. A retransmis anexa la propunerea financiară în care, deși a menținut valoarea totală a activității 1.5, a modificat atât numărul de rapoarte cât și prețul unitar ar fiecărui raport, de la 34.500,00 lei/raport la 86.250 lei/raport. Pe cale de consecință, contestatorul consideră că comisia de evaluare trebuie să constate incidența dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, nefiind aplicabile prevederile de excepție care permit corectarea viciilor de formă. În realitate, contestatorul apreciază că, lipsa corelării celor două componente esențiale ale ofertei a fost cauzată de lipsa de diligență a ofertantului care trebuia sancționată cu neconformitatea ofertei potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit d) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă a încălcat astfel jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) care, după cum se arată, a reținut în repetate rânduri că o ofertă nu poate să fie modificată nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertanților (*a se vedea Hotărârea GUE pronunțată în cauza C-599/10 5>AG ELVSlovensko a.s.*). Astfel, a permite unui ofertant să își modifice prin răspunsurile la clarificări o ofertă imprecisă sau neconformă cu cerințele documentației ar conduce la nerespectarea principiului egalității de tratament. În plus, Curtea apreciază că lipsa clarității ofertei nu rezultă decât dintr-o încălcare a obligației ofertanților de diligență la redactarea acesteia, motiv pentru care autoritatea contractantă nu are în astfel de situație nicio obligație de a solicita clarificări sau de a permite modificarea ofertei.

În jurisprudența națională, s-a reținut constant ca fiind interzisă modificarea elementelor propunerii financiare în alte ipoteze decât cele care vizează eventuale erori aritmetice (discrepanțe dintre prețul unitar și prețul total), sens în care, contestatorul arată că, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) a reținut că: „Modificând cheltuielile indirecte și profitul în urma solicitărilor de clarificări, ofertanta contestatoare nu se mai afla în ipoteza descrisă de prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, ci în cea reglementată de art 134 alin. (6) din același act normativ, fiind incidente prevederile art. 124 alin. (1) „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toata perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractanta și asumată de ofertant”, iar

permisiunea operării unor asemenea modificări ar echivala cu favorizarea ofertantului respectiv" (<http://portai.cnsc.ro/sivadoc/download.aspx?VIWMzgtpdfal=ZmFsc2U=&filename=Qk8vMDE3XzUINDgucGRm&action=aW5saW5l>).

Contestatorul apreciază că, încălcarea principiului tratamentului egal este evidentă și în ceea ce privește modul în care comisia de evaluare a analizat și acceptat modalitatea de ofertare și clarificările furnizate de ofertantul Asociera TERRA BUILDING - EVENTYA CO privind cheltuielile pentru traducerea materialelor din cadrul activității 2.1. Astfel, contestatorul arată că, deși trebuia să constate și să sancționeze nerespectarea modului de elaborare a anexei la propunerea financiară, respectiv omisiunea de a oferta un preț unitar și un preț total pentru *Traducerea materialelor pentru fiecare obiectiv, conform anexelor la caietul de sarcini*, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului câștigător raportat la mențiunea conform căreia prețul traducerilor ar fi fost inclus în prețul realizării textelor.

Astfel, autoritatea contractantă a cerut să se explice dacă valoarea de 612.000 lei menționată la rubrica *Materiale de informare și promovare în limba română, validate de proprietarul/administratorul/custodeie fiecărui obiectiv (Proces verbal de validare) Text, fotografii, material video, tur virtualfilm 3D realitate virtuala, ghid audio, conform cerințelor din Anexele la caietul de sarcini pentru fiecare obiectiv* din Anexa la propunerea financiară reprezintă costul traducerilor. Mai mult, contestatorul arată că, rubrica din anexa la propunerea financiară „*Materiale de informare și promovare în limba română, validate de proprietarul/ administratorul/ custodele fiecărui obiectiv (Proces verbal de validare) Text, fotografii, material video, tur virtual, film 3D realitate virtuala, ghid audio, conform cerințelor din Anexele la caietul de sarcini pentru fiecare obiectiv*” exista în formularul inclus în caietul de sarcini și nu a fost adăugat de ofertant, astfel cum eronat a menționat autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări.

În opinia contestatorului este „evident abuzivă această manieră a comisiei de evaluare de a sugera ofertantului modalitatea de răspuns la solicitarea de clarificări în condițiile în care constată că se face referire la materiale de informare și promovare elaborare în limba română.”

Contestatorul subliniază faptul că, Asociera TERRA BUILDING - EVENTYA CO a confirmat că suma de 612.000 lei reprezintă prețul total al traducerii materialelor, în contradicție evidentă cu descrierea activităților pentru care a ofertat respectiva valoare care depășesc evident activitatea de traducere: material video, film 3D, ghid audio. Astfel, contestatorul apreciază ca fiind evident că prin afirmația conform căreia „*Prețul traducerilor a fost inclus în prețul realizării textelor, de mai sus*” nu se putea face referire la linia „*Materiale de informare și promovare în limba română, validate de proprietarul/ administratorul/ custodele fiecărui obiectiv (Proces verbal de validare) Text, fotografii, material video, tur virtual, film 3D realitate virtuala, ghid audio, conform cerințelor din Anexele la caietul de sarcini pentru fiecare obiectiv*”, linie de buget care include producția materialelor și nu doar realizarea unor texte.

De asemenea, contestatorul consideră „la fel de gravă” acceptarea revizuirii elementelor propunerii financiare prin introducerea în anexa la

formularul de ofertă a unor prețuri unitare, astfel fiind grav încălcate dispozițiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 care impun respingerea obligatorie a ofertei. În realitate, contestatorul arată că, cu prilejul modificării propunerii financiare nu s-a indicat doar costul aferent traducerilor, fiind menționate prețuri unitare și pentru elemente precum: Material video per obiectiv, Tur virtual, Realitate virtuală, Ghid audio, activități diferite de cea de traducere. Astfel, pe lângă modificarea propunerii financiare, contestatorul consideră că autoritatea contractantă trebuia să constate, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, caracterul neconcludent al răspunsului, respectiv contradicția flagrantă dintre informațiile furnizate de către ofertant care, de rea-credință a menționat că suma de 612.000 lei reprezintă costul total al traducerilor.

Opinând, contestatorul consideră că, aceste multiple deficiențe ale activității de evaluare realizate de MIPE prin încălcarea flagrantă a dispozițiilor legale și ale documentației de atribuire cu prilejul verificării propunerii financiare „explică” refuzul autorității contractante de a pune la dispoziția sa cu ocazia accesului la dosarul achiziției publice atât conținutul ofertei câștigătoare cât mai ales rapoartele de evaluare elaborate în mod nelegal.

În concluzie, raportat la considerentele anterior exprimate, contestatorul solicită admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la anularea actelor criticate și la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, urmând a se continua procedura de achiziție prin aplicarea regulilor stabilite în documentația de atribuire și în legislația incidentă.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016 și cele ale Legii nr. 98/2016 precum și ale normelor de aplicare aprobate prin HG nr. 395/2016.

În probatoriu, contestatorul solicită admiterea probei cu înscrisuri și orice alte probe necesare soluționării cauzei.

În susținere, a fost atașată dovada mandatului pentru reprezentantul convențional.

Totodată, contestatorul a precizat că dovada constituirii cauțiunii o va prezenta în termenul reglementat de Legea nr. 101/2016.

Prin adresele nr. 4145/185/C10/26.01.2023, respectiv nr. 4148/185/C10/26.01.2023, Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității contestației ce formează obiectul dosarului nr. 185/C10/2023.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 4524/30.01.2023, contestatorul GMP COMMUNITY S.R.L. (fostă GMP ADVERTISING), ca răspuns la adresa Consiliului nr. 4148/185/C10/ 26.01.2023, a precizat următoarele:

1. Dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 989.462,7 lei a fost înaintată Consiliului în original cu adresa înregistrată sub nr. 4384/27.01.2023;

2. Referitor la excepția tardivității contestației invocată din oficiu de către Consiliu, contestatorul a solicitat respingerea acesteia prin raportare la dispozițiile legale relevante din Legea nr. 101/2016 și la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Preliminar, contestatorul a reiterat situația de fapt menționată în cuprinsul contestației în ceea ce privește data luării la cunoștință a actelor atacate.

Astfel, precum rezultă din Adresa MIPE nr. 155900/22.12.2022 și din Procesul-verbal nr. 159148/29.12.2022 aflate la dosarul cauzei, contestatorul arată că autoritatea contractantă a refuzat accesul la oferta câștigătoare (propunerea tehnică și financiară), la solicitările de clarificări, la răspunsurile la acestea și la procesele verbale de evaluare a elementelor tehnice și financiare. Mai mult, contestatorul precizează că, justificarea acestui refuz a constat în invocarea unui pretins caracter confidențial al respectivelor documente.

De astfel, contestatorul arată, după cum a constatat și Consiliu în momentul în care a dat curs cererii de studiu al dosarului nr. 5/C10, că nu a fost probată confidențialitatea propunerii financiare a ofertantului câștigător și a actelor de evaluare elaborate de către MIPE, fapt care demonstrează nelegalitatea refuzului autorității contractante de a asigura accesul societății sale la documentele și informațiile relevante care demonstrează nelegalitatea evaluării ofertei financiare a Asocierii TERRA BUILDING - EVENTYA CO.

Ca urmare a studierii în data de 12 ianuarie 2023 a documentelor puse la dispoziție de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), contestatorul arată că a avut pentru prima dată acces la conținutul propunerii financiare a Asocierii TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL și la rapoartele de evaluare emise de MIPE în legătură cu respectiva componentă a ofertei, astfel că în mod legal a formulat contestația în data de luni (23 ianuarie), cu respectarea termenului legal de 10 zile calculat potrivit dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016 de la data luării la cunoștință de actele atacate - procesele verbale de evaluare a ofertelor financiare.

În soluționarea excepției puse în discuție, contestatorul solicită a se raporta cu prioritate la considerentele din Hotărârea din 24 februarie 2022 pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) în Cauza C-532/20 Alstom Transport SA:

„27 În această privință, trebuie amintit că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 impune statelor membre să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

28 Această dispoziție are vocația de a se aplica în special situației oricărui ofertant care apreciază că o decizie de admitere a unui concurent la și riscă să îi cauzeze un prejudiciu, acest risc fiind suficient pentru a întemeia un interes imediat pentru formularea unei căi de atac împotriva deciziei menționate, făcând abstracție de prejudiciul care poate, pe de altă parte, să decurgă din atribuirea respectivului contract unui alt candidat (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 36).

29 Astfel, Directiva 92/13 nu se opune, în principiu, unei reglementări naționale care prevede că orice cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante trebuie formulată într-un termen prevăzut în acest scop și că orice neregularitate a procedurii de atribuire invocată în sprijinul acestei căi de atac trebuie invocată în același termen, sub sancțiunea decăderii, în așa fel încât, după împlinirea acestui termen, nu mai este posibil să se conteste

o asemenea decizie sau să se invoce o asemenea neregularitate, în măsura în care termenul respectiv este rezonabil (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 40 și jurisprudența citată). [...]

31 Nu este însă exclus ca, în cadrul unor circumstanțe specifice sau având în vedere unele dintre modalitățile lor, aplicarea normelor naționale de decădere să poată aduce atingere drepturilor conferite particularilor de dreptul Uniunii, în special dreptului la o cale de atac efectivă și la o instanță judecătorească imparțială, consacrat la articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 43 și jurisprudența citată).

32 În această privință, trebuie amintit că nu se pot asigura căi de atac efective împotriva încălcărilor dispozițiilor aplicabile în materia atribuirii contractelor de achiziții publice decât dacă termenele prevăzute pentru introducerea acestor căi de atac încep să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștință sau ar fi trebuit să ia cunoștință despre pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 45 și jurisprudența citată).

33 În acest scop, decizia entității contractante comunicată ofertanților trebuie, conform articolului 2c din Directiva 92/13, să fie însoțită de un rezumat al motivelor pertinente.

34 Acest rezumat al motivelor pertinente, care trebuie să însoțească atât deciziile entităților contractante notificate în mod specific ofertanților, cât și pe cele publicate care nu fac obiectul unei notificări speciale, urmărește să asigure că ofertanții interesați au sau pot avea cunoștință despre o eventuală încălcare a normelor aplicabile procedurilor de atribuire a contractelor.

35 În speță, sub rezerva unei verificări de către instanța de trimitere, motivele pertinente ale deciziei entității contractante de admitere a participării BraSig la procedura de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal au putut fi deduse din raportul procedurii de atribuire a contractului menționat la punctele 14-16 din prezenta hotărâre, care, în temeiul dreptului român, trebuie să fie accesibil ofertanților interesați prin intermediul unei consultări la fața locului.

36 Cu toate acestea, o asemenea garanție juridică de acces la motivele deciziilor entităților contractante nu echivalează cu o comunicare, cu ocazia publicării sau a notificării acestor decizii, a motivelor pertinente ale acestora către ofertanți.

37 Astfel, în asemenea împrejurări în care motivele pertinente ale unei decizii a autorității contractante nu au fost aduse la cunoștința ofertanților nici prin intermediul unei publicări, nici cu ocazia notificării acestei decizii, termenul în care adjudecatarul poate introduce o cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante prin care oferta unui ofertant necâștigător este declarată admisibilă începe să curgă nu de la data primirii acestei decizii, ci de la data comunicării către acest adjudecatar a motivelor pertinente ale deciziei menționate, care garantează că adjudecatarul menționat a avut

cunoștință sau a putut să aibă cunoștință despre eventuale încălcări ale dreptului Uniunii care viciază o astfel de decizie.

38 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și alineatul (3), precum și articolul 2c din Directiva 92/13 trebuie interpretate în sensul că termenul în care adjudecatarul unui contract poate introduce o cale de atac împotriva unei decizii a entității contractante prin care se declară admisibilă, în cadrul deciziei de atribuire a contractului respectiv, oferta unui ofertant necâștigător poate fi calculat luând ca punct de referință data primirii acestei decizii de adjudecare de către acest adjudecatar, chiar dacă, la acea dată, ofertantul respectiv nu introdusese sau nu introdusese încă o cale de atac împotriva acesteia. În schimb, în cazul în care, cu ocazia notificării sau a publicării deciziei menționate, un rezumat al motivelor pertinente ale acesteia, precum informațiile referitoare la modalitățile de evaluare a ofertei menționate, nu a fost, conform articolului 2c amintit, adus la cunoștința adjudecatarului menționat, termenul respectiv trebuie calculat luând ca punct de referință comunicarea unui astfel de rezumat către același adjudecatar.”

Contestatorul apreciază că, din considerentele obligatorii ale deciziei CJUE anterior citate reiese, în mod indubitabil, că termenul de contestație împotriva unei decizii a autorității contractante prin care oferta unui ofertant concurent este declarată admisibilă începe să curgă nu de la data primirii acestei decizii, ci de la data comunicării motivelor pertinente ale deciziei menționate, care garantează că persoana care se consideră vătămată a avut cunoștință despre eventuale încălcări ale dreptului achizițiilor publice care viciază o astfel de decizie.

Altfel spus, termenul de contestare curge de la data la care s-a luat cunoștință de încălcare, în speță nerespectarea dispozițiilor legale care sancționează cu respingerea o ofertă modificată din perspectiva elementelor propunerii financiare.

Așadar, contestatorul solicită a se constata că, de bună credință, a invocat cu prilejul formulării contestației, motivele de excludere și inadmisibilitate a ofertei câștigătoare cunoscute la momentul comunicării rezultatului procedurii de atribuire. Însă, în contextul refuzului nelegal de acces la documentele de evaluare întocmite de către autoritatea contractantă, contestatorul arată că a fost în imposibilitate obiectivă de a invoca încălcarea constând în acceptarea modificărilor propunerii financiare depuse de Asocieria câștigătoare, încălcare a dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 care a fost adusă la cunoștința Consiliu în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință, astfel, că a dat dovadă de diligență în exercitarea dreptului legal la contestație. Astfel, contestatorul apreciază că, în cauză se impune a se sancționa „atitudinea de vădită rea-credință a MIPE care, cunoscând caracterul nelegal al actelor de evaluare a propunerii financiare a Asocierii TERRA BUILDING EVENTYA CO, a ales deliberat să le ascundă sub pretextul unei pretense confidențialități nedovedite.”

Cu adresa nr.11839/30.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 4730/31.01.2023, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la Contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la sediul autorității

c ntractante cu nr. 10135/25.01.2023, formulată de către SC GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING SRL), reprezentată convențional de SCPA „Ceparu  i Irimia”, urmarea a adresei CNSC nr.4145/185/C10/26.01.2023.

Ministerul Investițiilor  i Proiectelor Europene (MIPE), arată că pentru implementarea Componentei 11 - Turism  i Cultură, din Programul Național de Redresare  i Rezilien  (PNRR), în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii "Serviciilor de promovare a 12 rute turistice/culturale în cadrul programului „România atractivă”", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare CN1046161/18.08.2022. Astfel, urmare a evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii în cauză, a fost desemnată c stig toare oferta depusă de asocierea formată din TERRA BUILDING SRL  i EVENTYA CO SRL, iar oferta depusă de GMP COMMUNITY SRL s-a situat pe locul II, rezultat ce a fost comunicat către GMP COMMUNITY SRL în data de 20.12.2023, prin adresa de comunicare nr. 154594/20.12.2022.

 mpotriva acestui rezultat, GMP COMMUNITY SRL a formulat contestația nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la MIPE sub nr. 42/03.01.2023 împotriva modalit ii de verificare a documentelor justificative DUAE apar in nd ofertantului c stig tor.

Ulterior, după „cca. 1 lună” de la data luării la cuno tin  a rezultatului procedurii anterior men ionat, GMP COMMUNITY SRL a formulat o nouă contestație, împotriva modalit ii de evaluare a propunerii financiare din oferta desemnată c stig toare, invocând în acest sens studierea dosarului achiziție la sediul CNSC.

Astfel, autoritatea contractantă invocă excepția tardivit ii motivat de faptul că societatea contestatoare a luat cuno tin  de identitatea  i prețul ofertei desemnate c stig toare din Adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 154594/20.12.2022,  nscriis transmis la data de 20.12.2022.

A adar, având în vedere:

- prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările  i completările ulterioare, potrivit cărora: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său oh într-un interes legitim printr-un act al unei autorit i contractante sau prin nesolu ionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorit ii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoa terea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ- juridic ional  sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”,*

-prevederile art. 8 alin. (1) din același act normativ, respectiv: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorit ii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorit ii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum  i pentru recunoa terea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: ...a) 10 zile,  ncep nd cu ziua următoare luării la cuno tin  despre actul autorit ii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al*

Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii", și

-prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ, respectiv: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”,

Ministerul Investițiilor și Proiectelor Europene (MIPE) solicită Consiliu să constate faptul că termenul prevăzut la art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016 se raportează la data luării la cunoștință de către GMP COMMUNITY SRL a actului vătămător, acesta fiind reprezentat de Adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 154594/20.12.2022 prin care nu a fost desemnată câștigătoare oferta sa ci oferta asocierii formată din TERRA BUILDING SRL și EVENTYA CO SRL.

Susținerea contestatorului potrivit căreia ar fi luat la cunoștință de aspectele contestate urmare a studierii dosarului la sediul CNSC nu sunt întemeiate, având în vedere faptul că Legea nr. 101/2016 nu prevede posibilitatea ca societatea contestatoare să se repună în termenul de contestație al unui act comunicat anterior, urmare a unor demersuri cum ar fi studierea dosarului.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că toate aspectele cu privire la oferta desemnată câștigătoare ar fi trebuit contestate în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință a Adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr.154594/20.12.2022, respectiv până cel târziu la data de 30.12.2022.

Așadar, MIPE solicită Consiliu admiterea excepției tardivității și respingerea contestației nr. 126/23.01.2023 înregistrată la MIPE sub nr. 10135/25.01.2023 formulată de GMP COMMUNITY SRL ca tardivă, în temeiul dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a), ale art. 16 alin. (1) coroborat cu dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În susținere, a fost anexată dovada comunicării punctului de vedere către contestator.

Prin adresa nr. 13267/30.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 4727/31.01.2023, Ministerul Investițiilor și Proiectelor Europene (MIPE), a formulat punct de vedere cu privire la Contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 10135/25.01.2023, depusă de către SC GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING SRL), reprezentată convențional de SCPA „Ceparu și Irimia”, referitor la fondul contestației, pentru situația în care Consiliu, nu va admite excepția tardivității acestei contestații, fundamentată prin punctul de vedere nr. 11839/30.01.2023.

Contestatorul GMP COMMUNITY SRL a constituit, conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cauțiunea în sumă de 989.462,7 ron, fiind depusă Recipisa de consemnare - Anexa nr. 1 din 05.01.2023, emisă de Banca Comercială Română SA, la data de 06.01.2023 (dosar nr. 5/2023).

Contestatorul GMP COMMUNITY SRL a constituit, conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cauțiunea în sumă de 989.462,7 ron, fiind depusă

Recipisa de consemnare - Anexa nr. 1 din 27.01.2023, emisă de Banca Comercială Română SA, la data de 27.01.2023 (dosar nr. 185/2023).

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, online, prin licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de promovare a 12 rute turistice/culturale în cadrul programului «România atractivă»”, cod CPV 79342200-5. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN 1046161/18.08.2022, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au depus ofertă 4 operatori economici, printre care și contestatorul GMP COMMUNITY SRL, ce au fost accesate în data de 03.10.2022, la sediul autorității.

Prin raportul procedurii nr. 153674/19.12.2022, autoritatea contractantă a declarat câștigătoare Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, cu o propunere financiară în valoare de 39.831.307 lei fără TVA, iar oferta contestatorului Asociera GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, s-a clasat pe locul II, cu o propunere financiară în valoare de 42.771.870 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii nr. 153674/19.12.2022, GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL a formulat contestația nr. 2377/ 30.12.2022, aceasta fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 6/03.01.2023, care face obiectul dosarului nr. 5/2023.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL; aceasta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnată câștigătoarea procedurii, potrivit raportului procedurii nr. 153674/19.12.2022, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din Cod procedură civilă.

I. Pe fondul contestației nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6/03.01.2023 formulate de către GMP COMMUNITY SRL, Consiliul retine următoarele:

GMP COMMUNITY SRL contestă decizia autorității contractante de a declara admisibilă și ulterior câștigătoare oferta depusă de asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL, invocând două aspecte:

1. potențiala incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 deoarece liderul de asociera TERRA BUILDING SRL a ascuns în mod voit existența documentului constatator nr. 14205/24.02.2022 publicat în SEAP de Primăria Municipiului Sibiu din care rezultă, în mod neîndoielnic, neîndeplinirea culpabilă a obligației esențiale de executare a lucrărilor în termenele contractuale asumate.

2. neîndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale în sensul în care potrivit Caietului de sarcini, codul CPV Principal care descrie obiectul contractului este 79342200-5 Servicii de promovare (Rev.2), iar codurile CPV secundare sunt:

-72212783-1 Servicii de dezvoltare de software pentru managementul conținutului

-92111250-9 Producție de filme de informare

-79961000-8 Servicii de fotografie

-44423400-5 Panouri de semnalizare și articole conexe.

Contestatorul sustine că, din verificarea certificatului constatator emis de Registrul Comerțului pentru TERRA BUILDING SRL, reiese că acesta nu are autorizate activități ale agențiilor de publicitate: codificarea CAEN 7311 - Activități ale agențiilor de publicitate.

1. Referitor la susținerea contestatorului privind incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pentru ofertantul asocierea TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL, Consiliul retine ca aceasta susținere se bazează pe documentul constatator nr. 14205/24.02.2022 publicat în SEAP de Primăria Municipiului Sibiu.

Documentul constatator se regăsește publicat în SEAP iar elementele consemnate în acesta nu sunt de natură, în aprecierea Consiliului, a determina aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare:

"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 de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;"

„(...) alin. (8) în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract."

Consiliul constata parcurgând textul documentului constatator nr. 14205/24.02.2022 (pag. 36-37 din dosarul achizitiei publice) ca la punctul 7 se menționează calitatea lucrărilor foarte bună, respectarea clauzelor contractuale, organizarea bună ca și executarea lucrărilor, întocmirea documentelor necesare derulării contractului foarte bună. La punctul 8 se apreciază ca foarte bună comunicarea contractantului cu autoritatea contractantă iar la punctul 9 se menționează îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

Mențiunea despre penalitățile în suma de 17.340,97 lei platite de ofertant pentru o nerespectare a graficului de lucrări nu justifică în niciun fel o apreciere de „încălcare în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice” cu atât mai mult cu cât în final, la punctul 10 se menționează inexistența vreunui prejudiciu adus autorității contractante.

Astfel, Consiliul apreciază legală și perfect întemeiată decizia autorității contractante de a nu încadra oferta asocierii TERRA BUILDING SRL -

EVENTYA CO SRL in situatia prevazuta la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 si, de asemenea, apreciaza ca nu este incident nici motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 deoarece operatorul economic nu s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere.

2. Referitor la sustinerea contestatorului privind neîndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale de catre asocierea TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL, Consiliul retine:

În cadrul anunțului de participare, autoritatea contractanta a solicitat în cadrul Subsecțiunii II 1.1.1) – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, următoarele:

„Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, precum și faptul că sunt legal constituiți, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii și au capacitatea profesională de a presta serviciile (de a realiza activitățile) care fac obiectul contractului. (...)

Aceste documente pot fi:

- *certificatul constatator emis de Oficiul National al Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/secundar, codurile CAEN aferente acestora. Certificatului Constatator trebuie să conțină informații reale/actuale la data prezentării documentului. În cazul unei oferte depusă de către o asociere, codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie să aibă corespondent pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie să reiasă ca ofertanții dețin cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie să acopere întreg obiectul contractului.”*

In esenta, contestatorul sustine, **exclusiv in ceea ce il priveste pe liderul de asociere TERRA BUILDING SRL**, societate care activează în domeniul construcțiilor, că acesta nu are autorizate activități ale agențiilor de publicitate, motiv pentru care nu poate realiza o pondere de 43,29% din obiectul contractului, astfel cum s-a angajat prin Acordul de asociere.

Aceasta alegatie a contestatorului nu are nicio baza serioasa si reprezinta o simpla speculatie deoarece prin acordul de asociere rezulta faptul că **TERRA BUILDING SRL nu are în sarcină prestarea de servicii de promovare**, această activitate realizându-se de celalalt membru al asocierii în cauză, respectiv EVENTYA CO SRL.

Sustinerea contestatorului potrivit căreia, „scopul și ponderea cea mai importantă din viitorul contract de achiziție publică o reprezintă activități care se încadrează în codificarea CAEN 7311 - Activități ale agențiilor de publicitate” este de asemenea o simpla speculatie neinsotita de nicio proba iar din continutul acordului de asociere reiese ca operatorul economic TERRA BUILDING SRL urmeaza sa participe in contract, corespunzator obiectului sau de activitate, cu urmatoarele activitati:

„Activitatea 2.3: Marcarea și semnalizarea locală a fiecăruia dintre cele 306 obiective care fac obiectul serviciilor de creare de conținut, digitalizare, marcarea și semnalizare din cadrul celor 12 rute turistice/culturale:

„În primul rând, pentru fiecare obiectiv turistic/amplasament, Prestatorul va cartografia măsurile de semnalizare, având în vedere următoarele cerințe minime:

- Marcajul și semnalizarea se vor asigura pe toate caile rutiere de acces de la o distanță de minimum 3 km, la fiecare 1 km până la o rază de 1 km și la fiecare 250 m de la raza de 1 km până la raza 250 m; în cazul autostrăzilor, semnalizarea va începe cu min. 3 km înainte de nodul rutier de la care se asigura în continuare legătură spre obiectiv;

- Proximitatea obiectivelor va fi semnalizată în aeroporturi, parcuri, gari, porturi, autogari, Centre Naționale de Informare și Promovare Turistică, puncte de oprire ale altor mijloace de locomotie (ex. telegondole, funiculare, stații de închiriere biciclete, etc.), structuri de cazare și restaurante pe o rază de min. 10 km, spații de servicii/ benzinații pe drumuri naționale și autostrăzi pe o rază de min. 10 km, centrul istoric (daca este cazul) și/sau pe arealele prin care se plimba vizitatorii;

- Semnalizarea pe caile de acces pietonale, pe o rază de min. 5 km;
- Semnalizare la accesul pe amplasamentul obiectivului;
- Toate marcajele și semnalizările vor avea un cod QR care să conducă spre platforma web, de unde se pot prelua informațiile despre "România atractivă".

Semnalizarea va presupune prezența elementelor de identificare vizuală ale platformei "România atractivă", ale rutei și ale obiectivului acolo unde această cerință nu contravine-reglementărilor în vigoare.

Cartografierea marcajelor și mijloacelor de semnalizare, precum și machetele indicatoarelor/panourilor etc. vor fi supuse aprobării MIPE înainte de a proceda la producția și instalarea acestora. Aceste elemente vor face obiectul unui Raport de cartografiere și planificare a marcajelor și semnalizării locale.

Prestatorul va fi responsabil cu stabilirea dimensiunilor semnelor și marcajelor și cu obținerea avizelor și autorizațiilor necesare pentru amplasarea acestora, conform cartografierii aprobate de MIPE, inclusiv cu pregătirea oricăror documentații necesare pentru eliberarea avizelor și autorizațiilor.

Tarifele pentru eliberarea avizelor/acordurilor/autorizațiilor vor fi suportate de Prestator. Avizele/acordurile/autorizațiile vor fi obținute în numele MIPE.

Prestatorul va fi responsabil cu producția/achiziția și instalarea mijloacelor de semnalizare, cu respectarea cartografierii aprobate de MIPE și a cerințelor prevăzute în avize și autorizații.

Mijloacele de semnalizare vor respecta standardele aplicabile semnalizării rutiere (tablă din oțel zincat/aluminiu de 1 mm, tratată anticoroziv, vopsită în câmp electrostatic aplicată cu folie reflectorizantă clasa 3). Garanția acordată mijloacelor de semnalizare va fi de min. 7 ani."

Toate activitatile enumerate mai sus sunt accesorii lucrărilor de drumuri, lucrări care se realizeaza numai in conformitate cu standardele si normativele tehnice in vigoare si aparțin claselor CAEN: CAEN 4211 - Lucrări de constructii a drumurilor si autostrăzilor si CAEN 7112 - Activitati de inginerie si consultanta tehnica, iar din analiza certificatului constatator emis de Registrul Comerțului pentru TERRA BUILDING S.R.L. reiese evident că acesta are înregistrate codurile CAEN 4211 - domeniul principal de activitate și CAEN 7112.

In concluzie, avand in vedere ca membrul asocierii declarate castigatoare EVENTYA CO SRL are înregistrat codul CAEN 7311, Consiliul constata ca asocierea indeplineste cerintele din fisa de date a achizitiei „*în cazul unei oferte depusă de către o asociere, codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC prezentat de fiecare membru al asocierii trebuie să aibă corespondent pentru partea de contract pe care o va realiza. Din documentul de înregistrare trebuie sa reiasă ca ofertanții dețin cod CAEN aferent procedurii de atribuire. Codurile CAEN ale tuturor membrilor asocierii trebuie să acopere întreg obiectul contractului*” fiind evident ca acoperirea întregului obiect al contractului trebuie indeplinita in mod cumulat de membrii asocierii si nu de fiecare in parte.

Consiliul apreciaza ca nefondata si aceasta a doua critica formulata de GMP COMMUNITY SRL in cuprinsul contestatiei, si prin urmare contestatia nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6/03.01.2023, depusă de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) urmeaza a fi respinsa ca nefondata.

II. Ca urmare a studierii documentelor puse la dispoziție de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) în data de 12.01.2023, respectiv împotriva proceselor verbale nr. 145164/05.12.2022, nr. 146865/07.12.2022, nr. 148362/09.12.2022 și nr. 150646/14.12.2022 de evaluarea a propunerii financiare prezentate de Asocierea TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL, contestatorul GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL a depus contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 3610/25.01.2023 ce formează obiectul dosarului nr. 185/2023.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității contestației nr. 126/23.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 3610/25.01.2023 ce formează obiectul dosarului nr. 185/2023, invocată de autoritatea contractanta.

Se reține că Asocierea GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, nemulțumită fiind de raportul procedurii nr. 153674/19.12.2022, postat în SEAP în data 20.12.2022, a transmis prin e-mail și poștă către CNSC, la data de 23.01.2023, contestația nr. 126/23.01.2023, aceasta fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 3610/25.01.2023.

Potrivit anunțului de participare nr. CN1046161/18.08.2022, publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a contractului de servicii care face obiectul contestației este de 49.473.135 RON, prin urmare mai mare decât pragurile valorice, prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016,

În raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din același act normativ *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, raportul procedurii nr. 153674/19.12.2022 a fost postat de autoritatea contractantă, în SEAP, la data de 20.12.2022.

Astfel, ținând cont de faptul că GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL a luat la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal în data de 20.12.2022, rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, până la data de 30.12.2022, inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației nr. 126 la CNSC și la autoritatea contractantă în data de 23.01.2023, reprezintă un demers tardiv al GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL, în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Consiliul nu va lua în considerare încercarea contestatorului de repunere în termenul de contestare, ca urmare a studierii dosarului, acesta raportându-se la data la care a avut acces la oferta declarată câștigătoare, întrucât dispozițiile Legii nr. 101/2016 (normă specială aplicabilă achizițiilor publice ce exclude norma generală) stabilesc în mod clar care sunt condițiile și termenele pentru depunerea unei contestații.

Astfel, termenul de contestare este expres prevăzut de legiuitor și începe să curgă de la data luării la cunoștință a actului autorității contractante considerat nelegal, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației, care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat, în cadrul actului normativ, în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen. Or, când legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă, potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 6/03.01.2023, formulată de către GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL în contradictoriu cu MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE).

Prin urmare, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge ca tardivă contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 3610/25.01.2023 ce formează obiectul dosarului nr. 185/2023, depusă de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL în contradictoriu cu MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE).

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația nr. 2377/30.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 6/03.01.2023, formulată de către GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL în contradictoriu cu MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE).

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de Asociera TERRA BUILDING SRL - EVENTYA CO SRL.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge ca tardivă contestația nr. 126/23.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 3610/25.01.2023 ce formează obiectul dosarului nr. 185/2023, depusă de GMP COMMUNITY SRL (fostă GMP ADVERTISING) lider al asocierii GMP ADVERTISING SRL - WEBSTYLER SRL - GMP PUBLIC RELATIONS SRL în

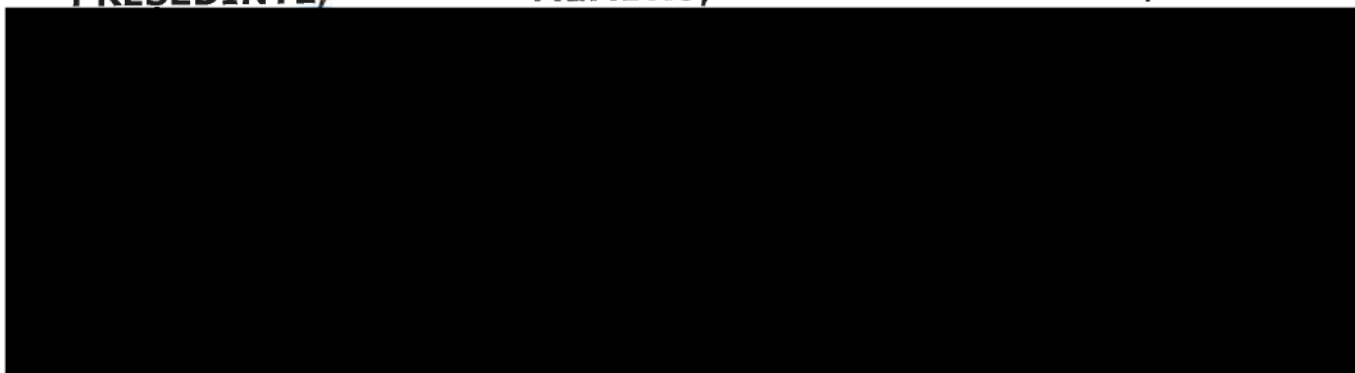
contradictoriu cu MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE (MIPE).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PRESEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,



Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 74(saptezecisipatru) pagini.