



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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.

Data:

Prin contestația nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. , depusă de SRL, în calitate de lider al asocierii SRL – SRL, cu sediul în municipiul, str., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator, privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "PROIECTARE ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU << DEMOLARE CONSTRUCȚII EXISTENTE, RELOCARE UTILITĂȚI ȘI EXTINDERE CLĂDIRI PRINCIPALĂ ÎN VEDEREA CONSTRUIRII NOULUI CENTRU DE MONITORIZARE PENTRU >>", cod CPV 45210000-2, organizată de, cu sediul în municipiul, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

(i) constatarea faptului că decizia de respingere a ofertei sale din procedura de atribuire este netemeinică și nelegală în contextul în care societatea sa a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, în conformitate cu dispozițiile legale în materia achizițiilor publice;

(ii) pe cale de consecință, constatarea faptului că decizia de anulare a procedurii de atribuire este netemeinică și nelegală;

(iii) dispunerea de măsuri de remediere constând în:

➤ anularea tuturor actelor administrative prin intermediul cărora s-a adoptat decizia de respingere a ofertei sale și de a anulare a procedurii de atribuire, inclusiv raportul procedurii de atribuire nr. și comunicarea nr. ,

➤ obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei societății sale sub aspectul modului în care îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că în cadrul cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a stabilit, prin altele, și următoarea cerință de calificare:

"Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat

Ofertantul trebuie să fi furnizat echipamente și dotări similare cu cele care fac obiectul contractului, respectiv echipamente și dotări specifice în domeniul construcțiilor civile și/sau industriale, în ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 1.783.689,36 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor produselor furnizate la nivelul unuia sau a maximum 3 contracte".

Pentru a face dovada îndeplinirii acestei cerințe, contestatorul arată că a menționat în D.U.A.E. că înțelege să utilizeze capacitățile a doi operatori economici, respectiv SRL și SRL, aceștia având atât calitatea de terți susținători cât și calitatea de subcontractanți.

Față de această împrejurare, contestatorul arată că prin adresa nr. autoritatea contractantă i-a transmis următoarea solicitare de clarificare:

"2. Vă rugăm să clarificați legalitatea prezentării în cadrul asocierii a mai mult de un terț susținător.

Conform art. 185, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare,

Art. 185, alin. (2) „În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitate tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi".

Prin adresa nr. , contestatorul menționează că a furnizat autorității contractante explicații edificatoare prin intermediul cărora a demonstrat dincolo de orice dubiu că legislația în materia achizițiilor publice prevede explicit dreptul ofertanților de a invoca susținerea acordată de mai mulți terți.

Cu toate acestea, atât prin intermediul raportului procedurii nr. cât și prin adresa nr. , contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință împrejurarea că oferta societății sale a fost respinsă din procedura de atribuire cu următoarea motivare:

"[...] oferta dvs. a fost considerată inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, unde se prevede faptul că, „oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și

documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată, deoarece:

întrucât oferta depusă de S.C. S.R.L. în asociere cu S.C. S.R.L. participă în comun la procedura de atribuire și privind susținerea capacității tehnice și/sau profesionale de către doi terți susținători, respectiv S.C. S.R.L. și S.C. S.R.L., se încalcă dispozițiile art. 185, alin. (2) din Legea 98/2016, privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, „în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi”.

Totodată, contestatorul arată că potrivit informațiilor din S.E.A.P. procedura de atribuire a fost anulată, deoarece au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme.

Contestatorul precizează că din coroborarea tuturor acțiunilor întreprinse de autoritatea contractantă și a informațiilor puse la dispoziția societății sale deduce că oferta i-a fost respinsă întrucât nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară motivat de faptul că nu ar fi avut dreptul să invoce susținerea a doi terți operatori economici.

Astfel, contestatorul menționează că nu poate fi de acord cu decizia adoptată întrucât, așa cum va arăta în cele ce urmează:

1. din informațiile prezentate rezultă că societatea sa oricum a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare exclusiv prin intermediul unui singur terț susținător, respectiv SRL;

2. oricum, legislația în materia achizițiilor publice permite explicit ofertanților să invoce susținerea acordată de unul sau mai mulți terți susținători;

3. dacă autoritatea contractantă stabilea că societatea sa nu putea face dovada îndeplinirii cerinței de calificare prin intermediul terților susținători SRL și SRL, aceasta nu era în drept să procedeze la respingerea ofertei, ci avea obligația să-i solicite înlocuirea terților, în conformitate cu art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

1. Contestatorul arată că a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare exclusiv prin intermediul susținerii acordate de terțul susținător SRL.

De asemenea, contestatorul arată că autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei societății sale deoarece, în opinia acesteia, societatea sa nu ar făcut dovada îndeplinirii uneia dintre cerințele de calificare privind experiența similară întrucât a invocat susținerea a doi terți operatori economici, (.... SRL și SRL) deși legislația ar permite ofertanților să invoce susținerea unui singur asemenea terț operator.

Referitor la motivul care a condus la respingere ofertei sale, contestatorul consideră că se impune în primul rând a fi reținut că, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi analizat cu atenție informațiile puse la dispoziție de societatea sa aceasta ar fi observat că dovada îndeplinirii cerințelor de calificare era realizată exclusiv prin intermediul susținerii acordate de terțul (și subcontractantul) SRL iar susținerea acordată de cel de-al doilea terț (care, de asemenea, este și

subcontractant) nici nu mai era necesar să fie analizată din perspectiva modului de îndeplinire a cerinței de calificare.

Contestatorul precizează că dacă autoritatea contractantă ar fi procedat în acest sens ar fi observat că societatea sa a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară și, prin urmare, temeiul de respingere al ofertei sale nici nu mai era incident.

Astfel, contestatorul arată că în cadrul Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a stabilit, prin altele, și următoarea cerință de calificare:

"Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat

Ofertantul trebuie să fi furnizat echipamente și dotări similare cu cele care fac obiectul contractului, respectiv echipamente și dotări specifice în domeniul construcțiilor civile și/sau industriale, în ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 1.783.689,36 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor produselor furnizate la nivelul unuia sau a maximum 3 contracte".

Cu privire la modul în care poate fi îndeplinită cerința de calificare, contestatorul arată că autoritatea contractantă a publicat în data de 29.09.2020, ora 15:28, în S.E.A.P. următoarea clarificare:

"Întrebarea nr. 2

Conform răspunsului dvs. privind respectarea documentației de atribuire în ceea ce privește experiența similară pentru furnizare și conform art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017 "Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului", vă rugăm să confirmați că se acceptă orice contracte de furnizare de echipamente sau dotări aferente construcțiilor civile și industriale.

Răspuns întrebarea nr. 2 (denumită de Operatorul economic: "întrebarea nr. 3")

Reiterăm faptul că prin "furnizări similare" se pot accepta și furnizări de "echipamente sau dotări aferente construcțiilor civile și industriale", atât timp cât similaritatea se raportează la specificul investiției".

Așadar, conform cerinței de calificare și a răspunsurilor de clarificare publicate de autoritatea contractantă ofertanții trebuiau să facă dovada că au furnizat în ultimii trei ani produse similare cu cele specifice investiției ce face obiectul procedurii de atribuire, în valoare cumulată de minimum 1.783.689,36 lei fără TVA.

Contestatorul menționează că, procedând la analiza informațiilor din studiul de fezabilitate, a luat act că în cadrul proiectului urmează a fi realizate instalații de curenți slabi (instalație de semnalizare a incendiilor, instalație de voce-date, instalație de cablu TV) precum și instalația termică. În consecință, se poate afirma că produsele destinate executării unor instalații de curenți slabi și/sau a unor instalații termice reprezintă produse similare, de tipul celor solicitate prin cerința de calificare.

Astfel, contestatorul precizează că a înțeles să facă dovada îndeplinirii cerinței în primul rând prin intermediul susținerii acordate de terțul ,,,,SRL sens în care a prezentat următoarele documente:

a) FORMULAR 9 - ANGAJAMENT privind susținerea capacității tehnice și/sau profesionale a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici Asocierea S.C. S.R.L. – S.C. S.R.L. (Anexa nr. 6 – Angajament de susținere prezentat de ,,,,SRL) prin care ,,,,SRL s-a angajat să îl susțină pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin intermediul a două contracte, respectiv:

- Contract nr. 266/26.09.2018, având ca obiect *Furnizare sisteme de supraveghere video și control acces* în valoare de 1.752.977,05 lei, fără TVA;

- Contract nr. TK.R7821/23.05.2018, având ca obiect *Furnizare sisteme de control acces sisteme de semnalizare, alarmare, alertare în caz de incendiu* în valoare de 405.468,28 lei, fără TVA.

b) Documentul Unic de Achiziții Europene (DUAE) (Anexa nr. 7 – DUAE al terțului susținător și subcontractant ,,,,SRL) din partea terțului susținător unde, în Partea IV: Criterii de selecție, secțiunea C: CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ a menționat următoarele:

„Descriere: contract nr. 266/26.09.2018, având ca obiect Furnizare sisteme de supraveghere video și control acces. Documente constatatoare: Facturile nr. 00610, 00611, 00614, 00612, 00634, 00605, 00608, 00604, 00639, 00606, 00609, 00615, 00641, 00643, 00646, 00640, 00642, 00644, 00673, 00654, 00682, 00807, 00764, 00810, 00734, 00735, 00861, 00826, 0082. Calitatea avută de Furnizor unic, valoarea declarată în DUAE a fost îndeplinită exclusiv de SC ,,,,SRL. Valoarea declarată în DUAE este fără TVA și se compune doar din furnizare echipamente și dotări aferente construcțiilor civile.

Valoare: 1752977,05

Moneda: RON

[...]

Descriere. Contract nr. TKR7821/23.05.2018, având ca obiect Furnizare sisteme de control acces sisteme de semnalizare, alarmare, alertare în caz de incendiu. Documente constatatoare: Facturile nr. 00586, 00589, 00593, 00595, 00633, 00707, 00716, 00867. Calitatea avută Furnizor unic, valoarea declarată în DUAE a fost îndeplinită exclusiv de SC ,,,,SRL. Valoarea declarată în DUAE este fără TVA și se compune doar din furnizare echipamente și dotări aferente construcțiilor civile.

Valoare: 405468,28

Moneda: RON

[...]."

Astfel, contestatorul precizează că, așa cum se poate observa, societatea sa a prezentat în ofertă documente și informații din care rezultă că terțul susținător ,,,,SRL a furnizat în ultimii 3 (trei) ani produse similare cu cele ce fac obiectul investiției (echipamente aferente instalațiilor de curenți slabi) în valoare cumulată de 2.158.445,33 lei, fără TVA, adică o valoare mai mare decât valoarea minimă solicitată prin cerința de calificare, respectiv 1.783.689,36 lei, fără TVA.

Suplimentar, și în raport cu aceeași cerință de calificare, contestatorul precizează că a declarat că utilizează și capacitatea profesională a unui alt operatorului economic, respectiv SRL care are calitatea de terț susținător și de subcontractant, sens în care a prezentat următoarele documente:

a) FORMULAR 9 - ANGAJAMENT privind susținerea capacității tehnice și/sau profesionale a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici Asocierea S.C. S.R.L. – S.C. S.R.L. (Anexa 8 – Angajament de susținere prezentat de SRL) prin care SRL s-a angajat să îl susțină pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin intermediul unui contract, respectiv:

- Contract nr. 112/01.07.2020, având ca obiect *Furnizare echipamente - centrale termice pentru clădiri* în valoare de 322.689,08 lei, fără TVA;

b) Documentul Unic de Achiziții Europene (DUAЕ) (Anexa nr. 9 – DUAЕ al terțului susținător și subcontractant SRL) din partea terțului susținător unde, în Partea IV: Criterii de selecție, secțiunea C: CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ a menționat următoarele:

„Descriere: Contract nr. 112/01.07.2020, având ca obiect Furnizare echipamente - centrale termice pentru clădiri. Documente constatatoare: Factura nr. 4663/01.07.2020. Calitatea avută Furnizor unic, valoarea declarată în DUAЕ a fost îndeplinită exclusiv de SC SRL. Valoarea declarată în DUAЕ este fără TVA și se compune doar din furnizare de echipamente aferente construcțiilor civile.

Valoare: 322689,08

Moneda: RON”.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei sale pe motiv că nu avea dreptul de a face dovada îndeplinirii cerinței de calificare prin intermediul a doi terți susținători. În opinia autorității, raportat la prevederile art. 185 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, societatea sa puteam invoca pentru îndeplinirea cerinței doar susținerea unui singur terț.

Trecând peste nelegalitatea unui asemenea motiv de respingere (aspect pe care îl va analiza în detaliu în continuare), contestatorul precizează că societatea sa a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare doar prin intermediul experienței terțului susținător ,,,SRL.

În aceste condiții devine total nerelevant faptul că societatea sa a invocat și experiența unui alt terț susținător, respectiv ,,,SRL. În fapt, experiența similară a acestui al doilea terț reprezintă o experiență suplimentară, cerința fiind oricum îndeplinită prin intermediul terțului ,,,SRL.

Dacă societatea sa nu ar fi invocat și experiența dobândită de terțul SRL atunci autoritatea contractantă ar fi considerat cerința ca fiind îndeplinită prin luarea în considerare a experienței invocate pentru terțul ,,,SRL. Motivul de respingere invocat nu ar fi existat deoarece acest operator economic ar fi fost singurul terț susținător declarat.

Or, dacă societatea sa face dovada îndeplinirii cerinței de calificare exclusiv prin intermediul contractelor terțului susținător ,,,SRL, cu atât mai mult (a fortiori) societatea sa face dovada îndeplinirii aceleiași cerințe

și prin invocarea unui contract suplimentar executat de cel de-al doilea terț susținător.

Având în vedere aceste aspecte, contestatorul solicită Consiliului să constate că societatea sa a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare exclusiv prin intermediul terțului susținător „„SRL astfel că decizia de respingere a ofertei societății sale (faptul că a declarat în ofertă și experiența similară unui al doilea terț susținător) este lipsită de orice fundament.

2. Legislația în materia achizițiilor publice permite explicit ofertanților să invoce susținerea acordată de unul sau mai mulți terți susținători

În opinia contestatorului, decizia de respingere a ofertei sale este nelegală, întrucât legislația în materia achizițiilor publice prevede explicit posibilitatea ofertanților de face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare prin intermediul unuia sau a mai multor terți susținători.

Autoritatea contractantă se raportează la modul în care este redactat art. 185 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și unde se utilizează noțiunea de terț.

De aici autoritatea ar fi dedus că societatea sa nu ar fi putut face dovada îndeplinirii cerinței de calificare prin invocarea susținerii mai multor terți deoarece în conținutul articolului nu a fost utilizat pluralul acestui termen.

În mod evident o asemenea interpretare formalistă se impune a fi cenzurată întrucât, pe de o parte există o mulțime de alte articole prin care este consacrat dreptul ofertanților de a apela la susținerea mai multor terți iar pe de alta această concluzie se impune și în raport cu regulile care stau la baza interpretării normelor juridice.

Contestatorul susține aceste afirmații prin următoarele argumente:

Argumentul nr. 1

Legislația în materia achizițiilor publice nu prevede o interdicție a ofertanților în ceea ce privește posibilitatea acestora de a face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare prin intermediul mai mult terți susținători. Or, în considerarea principiului de drept potrivit căruia ceea ce nu este interzis, este permis, autoritatea contractantă nu poate inventa interdicții care, în fapt, nu există.

Argumentul nr. 2

Dimpotrivă, legislația în materia achizițiilor publice prevede expres posibilitatea ofertanților de a îndeplini cerințele de calificare prin intermediul mai multor terți susținători.

Relevantă în acest sens prezintă dispozițiile art. 14 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale unde se menționează explicit că ofertanții pot face dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară inclusiv prin invocarea susținerii din partea mai multor terți, după cum urmează:

„Art. 14 - (1) În situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte

comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului".

Contestatorul arată că alte exemple elocvente le identificăm și în Legea nr. 98/2016, după cum urmează:

➤ Art. 182 - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

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

➤ Art. 183 - (1) Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

➤ Art. 184 - În cazul în care un operator economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară invocând susținerea unui/unor terț/terți, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic și terțul/terții susținător/susținători să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament.

Totodată, contestatorul arată că dispoziții legale similare se regăsesc și în cadrul H.G. nr. 395/2016 după cum urmează:

➤ Art. 48 - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea

tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

➤ Art. 49 - În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător(i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament.

➤ Art. 50 - (1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă și contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu poate determina care a fost voința legiuitorului prin interpretarea formalistă a unui articol izolat de lege. Voința legiuitorului se deduce din interpretarea în ansamblu/sistematică a legii. Or, așa cum a arătat anterior, există

numeroase articole de lege prin care este stipulat explicit dreptul ofertanților de a face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare prin intermediul mai multor terți susținători.

Argumentul nr. 3

Contestatorul arată că motivul de respingere invocat de autoritatea contractantă se raportează la prevederile art. 185 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar art. 185 alin. (2) invocat de autoritatea contractantă se referă la toate tipurile de cerințe de calificare pentru care se poate invoca susținerea unei terțe părți, respectiv cerințe referitoare la: (1) capacitatea economică și financiară, (2) capacitatea tehnică (accesul la utilaje), (3) capacitatea profesională (deținerea unei experiențe similare și accesul la resurse de personal).

Dacă s-ar accepta că prin acest articol legiuitorul nu permite ofertanților să invoce decât susținerea unui singur terț ar rezulta că acei ofertanți care nu dețin nici capacitatea economică, nici capacitatea tehnică și nici capacitatea profesională solicitată la o anumită procedură de atribuire ar putea participa la respectiva procedură doar dacă ar invoca susținerea unui singur terț care îndeplinește absolut toate cerințele stabilite, chiar dacă ele vizează aspecte de natură fundamental diferită.

Interpretarea propusă nu poate fi acceptată și pentru că articolul invocat se referă exclusiv la situația susținerii în cadrul unei asocieri de operatori economici. Ar fi de neacceptat ca un operator economic care a depus oferta individual să poată apela la susținerea mai multor terți în timp ce un grup de operatori economici să aibă dreptul de a apela doar la susținerea unui singur terț.

Contestatorul arată că potrivit art. 1 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, în procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, denumită în continuare Lege.

Or, interpretarea propusă de autoritatea contractantă ar conduce în mod evident la încălcarea principiilor tratamentului egal și al proporționalității, așa cum rezultă din motivarea prezentată la acest argument.

Argumentul nr. 4

Contestatorul arată că există și un argument de ordin istoric, respectiv dispozițiile art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016 care prevedeau explicit posibilitatea mai multor terți de a susține îndeplinirea cerinței privind experiența similară, după cum urmează:

"Art. 113

(11) Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind:

a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2;

b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173;

c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).

(12) În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit c)".

Contestatorul arată că acest articol a fost abrogat prin OUG nr. 107/2017 dar nu pentru a suprima dreptul ofertanților de a apela la susținerea mai multor terți susținători ci pentru a elimina acea condiție nejustificată conform căreia, în cazul procedurilor simplificate, cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită prin intermediul unuia sau mai multor terți susținători în proporție de maximum 50% (a se vedea Nota de fundamentare pentru adoptarea OUG nr. 107/2017 ce poate fi consultată la adresa web <https://www.gov.ro/ro/guvernul/procesul-legislativ/note-de-fundamentare/nota-de-fundamentare-oug-nr-107-20-12-2017&page=6> și unde se menționează următoarele: „[...] Alin. 12 și 13 de la art. 113 din Legea nr. 98/2016 se abrogă. Prevederile alineatului (12) afectează cu precădere posibilitatea de participare la procedurile simplificate a IMM-urilor, ceea ce este contrar spiritului în care a fost elaborată această lege”).

Argumentul nr. 5

Contestatorul afirmă că este total justificat ca ofertantul să poată face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare privind experiența similară prin intermediul mai multor terți susținători.

În susținerea acestei afirmații, contestatorul prezintă în continuare două aplicații practice elocvente:

Exemplul nr. 1

O autoritate contractantă inițiază o procedură de atribuire având ca obiect proiectarea și execuția unor lucrări. Pentru a participa la procedura de atribuire ofertanții trebuie să facă dovada că îndeplinesc următoarelor cerințe privind experiența similară:

- a) ofertantul a mai realizat în ultimii 3 ani servicii de proiectare similare;
- b) ofertantul a mai executat în ultimii 5 ani lucrări similare.

După cum se poate observa, autoritatea contractantă a stabilit două cerințe de calificare distincte solicitând ca ofertantul să facă dovada că deține o experiență profesională similară în domenii de activitate diferite, respectiv în domeniul serviciilor de proiectare și în domeniul execuției de lucrări.

Având în vedere faptul că sunt extrem de puține cazuri în care un singur operator economic are capacitatea de a realiza atât serviciile de proiectare cât și execuția de lucrări, este evident că un operator economic care dorește să participe la procedura de atribuire dar care nu deține experiența similară solicitată ar trebui să aibă dreptul de a face dovada îndeplinirii cerinței prin intermediul a doi terți susținători, respectiv un terț susținător pentru serviciile de proiectare și un al doilea terț susținător pentru execuția de lucrări.

Exemplul nr. 2

O autoritate contractantă inițiază o procedură de atribuire având ca obiect execuția lucrărilor pentru construcția unui imobil (o clădire). Pentru realizarea acestei construcții trebuie executate mai multe categorii de lucrări dintre care lucrări pentru realizarea instalațiilor electrice, lucrări

pentru realizarea instalațiilor de gaze și lucrări pentru realizarea instalațiilor de stingere a incendiilor.

Pentru a participa la procedura de atribuire ofertanții trebuie să facă dovada îndeplinirii următoarelor cerințe privind experiența similară:

a) ofertantul a executat în ultimii 5 ani lucrări privind realizarea de *instalații electrice*

b) ofertantul a executat în ultimii 5 ani lucrări privind realizarea unor *instalații de gaze*

c) ofertantul a executat în ultimii 5 ani lucrări privind realizarea *instalațiilor de stingere a incendiilor*.

Particularitatea acestor lucrări o reprezintă faptul că nu pot fi executate decât de societăți care dețin o serie de autorizații speciale (autorizații ANRE, IGSU) iar în activitatea practică se întâmplă ca cele mai multe societăți să dețină autorizații doar pentru un anumit domeniu de activitate.

Având în vedere acest aspect este evident că un operator economic care dorește să participe la procedura de atribuire dar nu deține experiența similară solicitată are dreptul de a face dovada îndeplinirii cerințelor prin intermediul a trei terți susținători, respectiv un terț susținător pentru execuția lucrărilor de instalații electrice, un al doilea terț susținător pentru execuția lucrărilor de instalații de gaze și un al treilea terț susținător pentru execuția lucrărilor la instalațiile de stingere a incendiilor.

Argumentul nr. 6

Contestatorul precizează că chiar și în cadrul fișei de date a achiziției autoritatea contractantă a specificat în nenumărate rânduri că pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară ofertanții pot invoca susținerea mai multor terți susținători.

În acest sens, contestatorul arată că prezintă relevanță următoarele cerințe stabilite la Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției.

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

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

Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului, respectiv în domeniul construcțiilor civile și/sau industriale (de construire și/sau de modernizare), în ultimii 5 ani în valoare de cel puțin 11.264.196,83 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrărilor prestate la nivelul unuia sau a maximum 3 contracte.

[...]

Nota 2: Dacă se vor prezenta ca experiență similară contracte care au ca obiect executarea mai multor tipuri de lucrări, atunci ofertantul are obligația să evidențieze și să dovedească în mod clar în documentele reprezentând certificări de bună prestație depuse, care sunt lucrările de natura a îndeplini solicitările din anunțul de participare simplificat.

În DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAE.

Terțul/terții susținători vor completa DUAЕ cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate. Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit după aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile:

-angajamentul ferm al terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători prin care s

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat

Ofertantul trebuie să fi furnizat echipamente și dotări similare cu cele care fac obiectul contractului, respectiv echipamente și dotări specifice în domeniul construcțiilor civile și/sau industriale, în ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 1.783.689,36 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor produselor furnizate la nivelul unuia sau a maximum 3 contracte. Se menționează că cei 3 ani se vor calcula prin raportare la data limită de depunere a ofertelor prevăzută inițial în anunțul de participare simplificat, fără a fi afectată de eventuale decalări ale datei limită de depunere a ofertelor.

Nota 2: Dacă se vor prezenta ca experiență similară contracte care au obiect mixt (servicii/lucrări/furnizare), atunci ofertantul are obligația să evedențieze și să dovedească în mod clar în doc. reprezentând certificări de buna prestație depuse, care sunt echipamentele și dotările de natura a îndeplini solicitările din anunțul de particip. Simplificat

terță parte, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAЕ.

Terțul/terții susținători vor completa DUAЕ cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit după aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile:

-angajamentul ferm al terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători prin care se dovedește că ofertantul va avea acces în orice moment la susținerea terțului (Formular 9)

-documente justificative ale terțului susținător/terților susținători.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă, prezentând documente justificative, după caz, faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii ob

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

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

Ofertantul trebuie sa fi prestat servicii similare cu cele care fac obiectul contractului, respectiv în domeniul construcțiilor civile și/sau

industriale (de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare, etc.), în ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 176.048,45 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor serviciilor prestate la nivelul unuia sau a maximum 3 contracte. Se menționează că cei 3 ani se vor calcula prin raportare la data limită de depunere a ofertelor prevăzută inițial în anunțul de participare simplificat, fără a fi afectată de eventuale decalări ale datei limită de depunere a ofertelor

[...]

Nota 2: Dacă se vor prezenta ca experiență similară contracte care au ca obiect prestarea mai multor tipuri de servicii, atunci ofertantul are obligația să evedențieze și să dovedească în mod clar în documentele reprezentând certificări de bună prestație depuse, care sunt serviciile de natură a îndeplini solicitările din anunțul de participare simplificat.

În DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAE.

Terțul/terții susținători vor completa DUAE cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit după aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile:

- angajamentul ferm al terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători prin care se...."

Astfel, contestatorul precizează că, așa cum se poate observa, pentru fiecare dintre cele trei cerințe privind experiența similară autoritatea contractantă a specificat explicit la secțiunea privind modalitatea de îndeplinire a cerinței faptul că în situația în care ofertanții intenționează să facă dovada îndeplinirii cerințelor de calificare prin intermediul unor terți operatori economici atunci terții susținători vor completa DUAE și, de asemenea, se vor prezenta angajamentele ferme ale terților susținători.

Deși în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă însăși a admis posibilitatea îndeplinirii cerinței de calificare prin intermediul mai multor terți susținători totuși, în procesul de evaluare nu s-a mai avut în vedere această cerință.

Contestatorul arată că potrivit art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Corelativ, și comisia de evaluare are obligația să analizeze ofertele prin raportare la cerințele existente în documentația de atribuire, acestea având un caracter imperativ.

Prin urmare, contestatorul consideră că evaluarea ofertei sale s-a realizat atât cu nerespectarea dispozițiilor legale cât și cu nerespectarea propriilor reguli stabilite prin documentația de atribuire.

Având în vedere cele anterior menționate, contestatorul solicită Consiliului să constate că societatea sa avea dreptul de a face dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară prin intermediul

unuia sau a mai multor terți susținători astfel că decizia de respingere a ofertei sale este lipsită de orice fundament.

3. În situația în care tertul susținător nu face dovada îndeplinirii cerinței de calificare, comisia de evaluare are obligația de a solicita înlocuirea respectivului tert

Contestatorul arată că motivul pentru care oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire este reprezentat de faptul că nu a făcut dovada îndeplinirii uneia dintre cerințele de calificare privind experiența similară.

După cum a precizat anterior, contestatorul arată că pentru îndeplinirea cerinței societatea sa a invocat susținerea a doi terți operatori economici.

Autoritatea contractantă nu a luat în considerare această susținere deoarece ar exista o presupusă interdicție ca ofertanții să poată face dovada îndeplinirii cerinței de calificare prin intermediul a mai mult de un tert susținător.

În esență, autoritatea contractantă a stabilit că niciunul dintre cei doi terți susținători, în mod individual, nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare.

Pe de altă parte, contestatorul arată că legislația în materia achizițiilor publice stabilește că, atunci când un tert susținător nu îndeplinește criteriul de calificare, autoritatea contractantă este obligată să solicite, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască tertul respectiv.

În acest sens prezintă relevanță dispozițiile art. 183 alin. (2) din legea nr. 98/2016 potrivit căroră:

„(2) Dacă tertul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască tertul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b). ”

Așadar, contestatorul precizează că chiar dacă prin absurd ar accepta că motivul de fond invocat de autoritatea contractantă ar fi unul valid, oricum autoritatea contractantă nu avea dreptul să îi respingă oferta ci trebuia să îi acorde posibilitatea de a înlocui tertul susținător cu un altul care să îndeplinească cerința de calificare.

În concluzie, față de cele anterior menționate, contestatorul solicită admiterea în tot a contestației conform motivării expuse, anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, în conformitate cu cele reținute prin decizia pe care Consiliul o va pronunța.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. , ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL.

1. Autoritatea contractantă consideră că oferta depusă de SRL în asociere cu SC ,,,,SRL este neconformă, deoarece beneficiază de susținerea capacității tehnice și/sau profesionale de către doi terți susținători, respectiv SC ,,,,SRL și SC ,,,,SRL, ceea ce duce la încălcarea dispoziției art. 185, alin. (2) din Legea 98/2016, privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, „în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi”.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că în conținutul dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 98/2016, se observă diferența pe care o face legiuitorul cu privire la formele de plural și singular pentru cuvântul terț: *“(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi”*.

Totodată, autoritatea contractantă arată că potrivit art. 184 din Legea nr. 98/2016: *„În cazul în care un operator economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară invocând susținerea unui/unor terț/terți, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic și terțul/terții susținător/susținători să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/ susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament”*.

Conform art. 185 din Legea nr. 98/2016: *“(1) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cea privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru. (2) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi”*.

2. Autoritatea contractantă arată că punctul nr. 1 din contestație nu face decât să dovedească faptul că asocierea a declarat 2 terți susținători, lucru pe care Legea nr. 98/2016 la art. 185 alin. (2) nu îl permite.

3.1 Punctul nr. 2 argumentul nr. 1 din contestație este contrazis de faptul că asocierea a declarat 2 terți susținători, lucru pe care Legea 98/2016 la art. 185 alin. (2) nu îl permite.

3.2 Punctul nr. 2 argumentul nr. 2 din contestație este contrazis de faptul că asocierea a declarat 2 terți susținători, lucru pe care Legea 98/2016 la art. 185 alin. (2) nu îl permite.

Autoritatea menționează că suplimentar acest argument nr. 2 dovedește intenția consecventă a legiuitorului de a interzice ca o asociere de ofertanți să primească suport de la mai mult de un terț și nu ceea ce susține contestatorul:

Referire la art. 14 - (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017: *„În situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune, sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului”.*

Deci un operator se poate asocia cu un alt operator, sau poate invoca susținerea unor terți, nu ambele posibilități.

În dispozițiile exprese ale art. 14 - (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017- nu se folosește sau/și ci doar sau.

În opinia autorității contractante, exemplele date la pag. 11 de către contestator nu se susțin, deoarece art. 182, art. 183 și art. 184 nu se referă la situația contestatorului. Aceste articole au în vedere doar situația unui singur operator.

Or, contestatorul se încadrează la art. 185 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice și anume asociere de operatori care au dreptul la susținerea unui singur terț susținător.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016 folosește o expresie la singular: *„în cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară”.*

3.3 Autoritatea contractantă menționează că punctul nr. 2 argumentul nr. 3 din contestație dovedește că dispozițiile art. 185 au caracter complet și anume că atunci când o asociere are 2 terți susținători aceștia sunt considerați terți la plural indiferent de natura susținerii: (1) capacitatea economică și financiară, (2) capacitatea tehnică (accesul la utilaje), (3) capacitatea profesională (deținerea unei experiențe similare și accesul la resurse de personal).

Dacă asocierea ar fi avut 2 terți care susțineau capacitatea economică sau financiară și un terț care susținea capacitatea tehnică, iar art. 185, alin. 2 ar fi sunat: *(2) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi. În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară, în condițiile prezentei legi*”, atunci, în atare situație, contestatorul ar fi avut oferta conformă, deoarece se încadra în cerințele articolului anterior menționat - inventat.

De fapt, argumentul 3 este un contraargument pentru contestator.

Autoritatea contractantă consideră că cerința legiuitorului este ca un grup de operatori să nu poată beneficia de susținerea a mai mult de un terț.

3.4 Autoritatea menționează că punctul nr. 2 argumentul nr. 4 din contestație dovedește încă odată și că istoric s-a folosit tot singularul pentru operatorul economic: „*în cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți*”.

Textul nu precizează operatori economici în asociere ci operatorul economic.

3.5 Autoritatea contractantă arată că punctul nr. 2 argumentul nr. 5 din contestație pornește folosind sintagma operatorul economic și deci încă de la început nu se referă la un grup de operatori în asociere și prin urmare nu se susține.

De asemenea, autoritatea consideră că exemplele date nu au suport legal, deoarece legiuitorul a folosit cuvintele ARE DREPTUL și POT care implică ideea că niciun operator economic nu este obligat să se folosească de susținerea unui/unor terți sau unui/unor subcontractanți dacă acesta singur poate dovedi conformitatea ofertei sale în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi:

Conform art. 182 din Legea nr. 98/2016: “(1) *Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi*”.

Conform art. 185 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice: “(1) *În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cea privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru.*

(2) *În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi*”.

Deci, cu alte cuvinte, cumulând cele 2 exemple se poate spune că un operator economic are dreptul să participe singur conform legii dacă poate dovedi experiența similară în proiectare și execuție și deținerea de autorizații speciale cum ar fi ANRE și IGSU etc. și nu așa cum încearcă contestatorul să susțină.

3.6 Autoritatea contractantă menționează că punctul nr. 2 argumentul nr. 6 din contestație dovedește că la nivelul fișei de date s-a folosit singularul (ofertant, ofertantul) și acestui cuvânt i se poate asocia și terț și terți conform art. 182 dar nu și art. 185. Faptul că există cuvântul „terții” nu dovedește nimic, deoarece cerințele fișei de date nu pot anula cerințele Legii 98/2016 privind achizițiile publice.

4. Autoritatea contractantă arată că punctul nr. 3 din contestație se bazează pe dispozițiile art. 183 alin. (2) din legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră: „(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)”.

Autoritatea contractantă precizează că nu poate solicita asocierii SC SRL - SC ,,,,SRL înlocuirea terțului, deoarece, odată înlocuit terțul asocierea SC SRL - SC ,,,,SRL are tot 2 terți susținători.

Legea ar fi trebuit să precizeze obligația autorității contractante de a cere asocierii să indice la care terț renunță, deci singura măsură posibilă de remediere este declararea ca neconformă a ofertei.

Autoritatea contractantă arată că scopul prevederilor legale care reglementează procedurile de achiziții publice și atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii este, printre altele, acela de asigurare a utilizării eficiente a fondurilor publice. Astfel, autoritatea învederează faptul că, pe tot parcursul evaluării ofertelor, comisia de evaluare a respectat întocmai scopul și principiile care stau la baza achizițiilor publice, precum și prevederile legislației în materie.

Pentru toate motivele anterior menționate, în acord cu dispozițiile legale la care a făcut referire, autoritatea contractantă apreciază că, în cadrul procesului de evaluare a ofertelor, a respectat întocmai legislația aplicabilă, în vigoare, și, pe cale de consecință, propune respingerea contestației depusă de SC SRL, ca fiind neîntemeiată, nefondată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "PROIECTARE ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU << DEMOLARE CONSTRUCȚII EXISTENTE, RELOCARE UTILITĂȚI ȘI EXTINDERE CLĂDIRI PRINCIPALĂ ÎN VEDEREA CONSTRUIRII NOULUI CENTRU DE MONITORIZARE PENTRU >>", cod CPV 45210000-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. , criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În procesul-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor, înregistrat sub nr. , s-a consemnat depunerea unei singure oferte, respectiv a asocierii SRL - ,,,,SRL.

În raportul procedurii nr. , s-a consemnat respingerea ofertei asocierii SRL - ,,,,SRL ca inacceptabilă.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. , ... SRL, în calitate de lider al asocierii SRL - ,,,,SRL, a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. .

Potrivit informațiilor regăsite în cadrul anunțului de participare simplificat nr. , Consiliul constată că procedura în cauză a fost anulată.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin adresa nr. , autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință contestatorului faptul că oferta societății sale a fost respinsă din procedura de atribuire cu următoarea motivare:

„[...] oferta dvs. a fost considerată inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, unde se prevede faptul că, „oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată, deoarece:

întrucât oferta depusă de S.C. S.R.L. în asociere cu S.C., S.R.L. participă în comun la procedura de atribuire și privind susținerea capacității tehnice și/sau profesionale de către doi terți susținători, respectiv S.C., S.R.L. și S.C., S.R.L., se încalcă dispozițiile art. 185, alin. (2) din Legea 98/2016, privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, „în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi”.

Potrivit dispozițiilor art. 185 din Legea nr.98/2016, (1) *În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cea privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru.*

*(2) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, **aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi.***

Având în vedere dispozițiile legale mai sus citate, Consiliul apreciază că respingerea ofertei asocierii SRL –, SRL este întemeiată.

Oferta depusă de SRL în asociere cu SC, SRL nu poate fi considerată admisibilă, deoarece beneficiază de susținerea capacității tehnice și/sau profesionale de către doi terți susținători, respectiv SC, SRL și SC, SRL. Dispozițiile legale sunt clare și stipulează faptul că în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire (așa cum este situația speței de față), aceștia pot beneficia de susținerea unui terț pentru îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională.

Consiliul nu poate primi ca întemeiate susținerile contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să considere că oferta asocierii ar fi respectat prevederile legale cu luarea în considerare doar a terțului susținător SC ,,SRL. Pe de o parte, această atitudine ar fi contrazis în mod flagrant chiar conținutul ofertei asocierii SRL – ,,SRL unde erau precizați doi terți susținători, iar, pe de altă parte, doar susținerea acordată de SC ,,SRL, în ceea ce privește îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară aflată în discuție, nu ar fi fost suficientă, acesta fiind, în fapt, rațiunea pentru care asocierea SRL – ,,SRL a apelat la susținerea a doi terți susținători (obiectul contractelor de furnizare prezentate de terții SC ,,SRL și SC ,,SRL fiind diferit).

Totodată, Consiliul apreciază că, în cazul de față, autoritatea nu ar fi putut face aplicarea dispozițiilor art. art. 183 alin. (2) din legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră: „(2) *Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)*”. Această concluzie se impune întrucât dispozițiile legale fac referire la ipoteza depunerii unei oferte individuale, dispozițiile legale referitoare la participarea mai multor operatori economici în comun la o procedură fiind cele reglementate de art.185 din Legea nr.98/2016.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

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.

.....

