



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. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 290/C1/3

Data: 09.01.2021

Prin contestația nr. 1/04.01.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 14/04.01.2021, depusă de SC SRL, cu sediul în, str., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional prin avocat, formulată împotriva comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 4576/30.12.2020, emisă de către COMUNA, cu sediul în comuna, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Servicii de dirigenție de șantier în cadrul Proiectului «Realizare rețea de canalizare și stație de epurare în comuna, județul (rest de executat)»”, cod CPV 71247000-1, s-a solicitat:

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 4576/30.12.2020;
- constatarea faptului că oferta SC SRL a fost în mod nelegal respinsă, ca inacceptabilă și neconformă;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, având în vedere și oferta SC SRL;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate cu soluționarea contestației, în speță onorariu avocațial;

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul arată că în data de 17.12.2020 a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, iar ca urmare a analizării înscrisurilor

existente în oferta sa, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 4393/18.12.2020, i-a solicitat clarificări, la care societatea a formulat răspunsul înregistrat sub nr. 289/22.12.2020.

Ulterior, la data de 30.12.2020, comisia de evaluare a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, în care se reține, prin raportare la prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respingerea ofertei ca „inacceptabilă”, având următoarele motive:

1) Sub aspectul primului motiv de pretinsă inacceptabilitate, autoritatea contractantă a reținut că:

„1. Ați prezentat Declarația semnată de domnul cu data de 16.12.2020 cu nr. 4393 din 18.12.2020, publicată în SEAP în data de 21.12.2020 ora 09:09, având termen limită de prezentare a răspunsului, comisia de evaluare v-a solicitat următoarele

- Prezentați Declarația privind neîncadrarea la prevederile art. 60 în Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, întocmită conform prevederilor legii, atât pentru ofertantul S.C. S.R.L., cât și pentru terțul susținător

Ați prezentat răspunsul în SEAP, în data de 22.12.2020 ora 10:12, înaintat prin adresa nr. 289 din 22.12.2020, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr 4442 din 22.12.2020, prezentând următoarele:

- Declarație privind conflictul de interese, semnată de domnul, cu data de 14.12.2020.

Din analiza acesteia, Comisia constată faptul că adresa conține, de fapt, aceleași prevederi ca declarația inițială, doar că ați schimbat articolul, din art. 59, în art. 60, dar fără a menționa concret în care din condițiile prevăzute de art. 60 din Legea nr. 98/2016 nu vă încadrați. De asemenea, în cuprinsul declarației nu sunt indicate persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante”.

Contestatorul consideră că soluția adoptată de către autoritatea contractantă este nelegală și lipsită de orice fundament, deoarece,

nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu s-a procedat la includerea unui formular tipizat privind neîncadrarea ofertantului în cuprinsul prevederilor art. 59 și 60 din Lege, singurele formulare tipizate impuse fiind: Formular nr. 1 - Acord de asociere; Formular nr. 2 - Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului; Formular nr. 3 - Acord de subcontractare; Formular nr. 4 - Formularul de ofertă; Formular nr. 5 - Declarație privind respectarea legislației privind condițiile de mediu, sociale; Formular nr. 6 - Contract de servicii.

Mai mult, nici în cuprinsul documentului intitulat „Instrucțiuni”, nu se regăsește vreo mențiune referitoare la formularistica avută în vedere/dorită de către autoritatea contractantă, iar în cuprinsul fișei de date a achiziției, singura mențiune referitoare la problematica încadrării/neîncadrării în sfera prevederilor art. 59-60 din Legea nr. 98/2016 vizează faptul că: *„Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: Declarația va fi prezentată odată cu depunerea DUAЕ, în SEAP, de către toți participanții la procedura de atribuire (ofertant, asociat, subcontractant și terț susținător). Încadrarea în situația prevăzută la art. 60 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice atrage excluderea ofertantului din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică”*.

Analizând declarațiile întocmite și depuse, prin raportare la prevederile legale invocate, la prevederile fișei de date și cele ale documentației de atribuire în ansamblul ei, rezultă că poziția adoptată de către autoritatea contractantă reprezintă un abuz, iar pe de altă parte că SC SRL și-a îndeplinit toate obligațiile care-i incumbau în calitate de ofertant.

Astfel, se constată că, în cuprinsul declarațiilor depuse, atât de către ofertantul SC SRL cât și de către terțul susținător, se regăsesc toate elementele necesare prevăzute la art. 59-60 din Legea nr. 98/2016, respectiv: indicarea procedurii de achiziție publică în derulare, identificarea membrilor organelor de conducere ale societății, declarația expresă (sub sancțiunea prevăzută la art. 326 Cod penal) a administratorului privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de lege privind conflictul de interese.

Faptul de a susține că nu s-a procedat „concret în care din condițiile prevăzute de art. 60 din Lege nu vă încadrați” are caracter anti juridic, fiind rezultatul unei aprecieri vădit eronate a cadrului legal în materie și a unui formalism excesiv în activitatea de evaluare a ofertelor.

De asemenea, susținerea drept motiv de respingere a ofertei faptul că *„în cuprinsul declarației nu sunt indicate persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante”* constituie un nonsens juridic, în condițiile în care o asemenea obligație nu a fost impusă ofertantului nici de cadrul legal în materie, nici prin documentația de atribuire, și mai

mult, nu a fost inclusă nici în cuprinsul solicitării de clarificări nr. 4393/18.12.2020.

Prin conduita adoptată, autoritatea contractantă a nesocotit și principiul proporționalității, consacrat de Legea nr. 98/2016.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul solicită să se constate caracterul nelegal al respingerii ofertei sale, sub acest aspect.

2) Sub aspectul celui de-al doilea motiv de pretinsă inacceptabilitate, autoritatea contractantă a reținut că:

„2. Din angajamentul ferm prezentat, nu rezultă în mod clar modul efectiv de asigurare a îndeplinirii angajamentului de susținere, astfel cum este prevăzut la art. 182, alin (4) din Legea nr. 98/2016, care prevede ca: „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”.

Prin adresa nr. 4393 din 18.12.2020, publicată în SEAP în data de 21.12.2020 ora 09:09, având termen limită de prezentare a răspunsului data de 22.12.2020 inclusiv, comisia de evaluare v-a solicitat următoarele clarificări:

Prezentați documente emise de către terțul susținător din care să rezulte modul efectiv de asigurare a îndeplinirii angajamentului de susținere, astfel cum este prevăzut la art. 182, alin (4) din Legea nr. 98/2016, care prevede ca: „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”, precum și a precizărilor din modelul de formulare pus la dispoziția tuturor ofertanților prin intermediul Sistemului Electronic de Achiziții Publice.

Ați prezentat răspunsul în SEAP, în data de 22.12.2020 ora 10:12, înaintat prin adresa nr. 289 din 22.12.2020, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr 4442 din 22.12.2020, prezentând următoarele:

- Adresa nr. 50 din 22 12.2020 emisă de către SC SRL.

Din analiza acesteia, comisia a constatat faptul că adresa conține, de fapt, clauzele prevăzute în Angajamentul ferm prezentat inițial, odată cu oferta, iar în plus, la finalul acestuia, se menționează faptul că se va pune la dispoziția dvs. următoarele:

Mijloace auto - 3 buc;

Personal specializat - ing. Constructor și ing. Constructor

La secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a fost menționată modalitatea de acordare a susținerii tehnice. Potrivit Formularului de angajament ferm, se prevede explicit: „Nota 1: În sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAЕ, și se vor constitui în anexe la angajamentul ferm. Documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm”.

Drept urmare, rezultă în mod clar că, în situația susținerii de către un terț/terți, aceștia din urmă trebuiau să specifice modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului.

Raportat la această cerință a documentației de atribuire, respectiv fișa de date și formularele anexate acesteia, sunt incidente prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: “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”.

Comisia a constatat că nici în urma răspunsului la clarificările solicitate, terțul susținător nu a descris modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care veți întâmpina dificultăți în implementarea contractului, fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (5)

din HG nr. 395/2016, potrivit căroră: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ ofertant clarificări și după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările solicitate sau clarificările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Contestatorul supune atenției faptul că, în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a impus un model de formular necesar a fi folosit, în ipoteza utilizării unui terț susținător, în situația dată (societate din cadrul grup de firme, în care este tot dl-persoană care calitatea de al ofertantului SC SRL) și că, urmare a solicitării de clarificări nr. 4393/18.12.2020, prin adresa nr. 50/22.12.2020, a depus formularul de susținere emis de către în forma solicitată, prin intermediul căruia terțul susținător indică în concret modul de asigurare a angajamentului de susținere. Astfel, terțul susținător a arătat într-o manieră fermă și neechivocă:

„1) Precizăm modul în care vom interveni concret pentru a duce la îndeplinire obligațiile pentru care am acordat susținerea: Societatea noastră activează în domeniul construcțiilor încă din anul 1993, sens în care a dobândit o experiență vastă în ceea ce privește activitatea de supraveghere a lucrărilor de construcții (dirigenție de șantier). Așa fiind, ori de câte ori situația o va impune pe derularea contractului pentru care am oferit susținere, prin intermediul celor 2 ingineri - constructori specialiști încadrați în munca în cadrul societății (dintre care 2 dețin calitatea de diriginte de șantier) putem interveni rapid în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale. De asemenea, în baza angajamentului de susținere, ... se obligă să pună la dispoziția SC SRL toată logistica de care dispunem și care ar fi necesară în vederea asigurării îndeplinirii obligațiilor contractuale.

2) Indicăm resurse tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului SC SRL (se vor indica resursele și se va descrie modul concret în care se vor pune la dispoziție).

- Mijloace de transport rutier necesare deplasării diriginților de șantier:

- Autoturism KIA SORENTO - BH - 01 - FXT
- Autoturism Smart FOR TWO -BH-05-DYD
- Autoturism Nissan Micra - BH - 11 – JM1

- Asistență tehnică din partea specialiștilor încadrați în muncă în cadrul subscrisiei:

- Ing. Constructor;
- Ing. Constructor".

Susține că, prin prezentarea adresei nr. 50/22.12.2020 și prin raportare la conținutul acesteia, s-a dovedit, în mod pertinent și complet, modul în care terțul susținător va asigura, în caz de nevoie, îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Dintr-o altă perspectivă însă, analizând conținutul comunicării nr. 4576/30.12.2020 (pag. 3, paragraf penultim), se observă că autoritatea contractantă pare a fi într-o oarecare eroare, raportat la natura activităților necesar a fi utilizate în realizarea obiectului contractului (activități specifice de verificare a execuției lucrărilor și de supraveghere a acestora de către personal calificat în domeniul construcțiilor), în temeiul și limitele conferite de legislația în materie (în special Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și Ordinul nr. 1496/13.05.2011 privind aprobarea procedurii de autorizare a diriginților de șantier). Astfel, activitatea nu vizează execuția de lucrări de construcții și, implicit, nu poate presupune utilizarea de utilaje pentru realizarea obiectului contractului, ci din contră, presupune utilizarea de resurse preponderent umane, resurse calificate și apte asigure o supraveghere a lucrărilor în conformitate cu cadrul legal în materie, situație în care, prezentarea efectuată de către terțul susținător apare ca fiind nu doar corectă și completă dar și concretă, față de obiectul contractului.

Totodată, contestatorul menționează că, în măsura în care autoritatea contractantă consideră că nu îndeplinește criteriile de capacitate cerute, aceasta avea obligația de a aplica dispozițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a căror optică este păstrată și de către art. 49 din HG nr. 395/2016.

Analizând aceste texte legale, prin raportare la procedura în discuție, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a acționat, în evaluarea ofertei sale, într-o manieră formală și cu încălcarea principiilor proporționalității și nediscriminării.

Prin adresa nr. 3/05.01.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 799/07.01.2020, contestatorul SC SRL depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206746044/2, tranzacția nr. 1044804943/1827748617 din data de 05.01.2021, emisă de CEC Bank - Sucursala, în valoare de 410,00 lei.

Prin adresa nr. 4/11.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 1305/11.01.2021, SC SRL depune dovada cheltuielilor de judecată, respectiv: Factura seria TFA nr. 90138/ 07.01.2021, în valoare de 22.000,00 lei, și extrasul de cont de la Banca Transilvania.

Față de contestația depusă de către SC SRL, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere nr. 95/13.01.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 3207/20.01.2021, împreună cu documentele necesare soluționării cauzei, solicitând respingerea contestației, ca nefondată, bazată pe susțineri mincinoase și tendențioase, precizând că evaluarea ofertelor s-a făcut cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a legislației în materia achizițiilor publice, într-un mod riguros, aplicând un tratament egal și nediscriminatoriu și acționând într-o manieră transparentă și proporțională, cu respectarea prevederilor art. 49 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Față de acuzele contestatorului, autoritatea contractantă arată că:

1. Cu privire la declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016, solicitată la cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției:

Având în vedere că ofertantul a prezentat în SEAP, odată cu depunerea ofertei, o declarație semnată de domnul cu data de 16.12.2020, care nu respectă prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 4393/18.12.2020, publicată în SEAP în data de 21.12.2020 ora 09:09, comisia de evaluare a solicitat ofertantului următoarele clarificări: „Prezentați Declarația privind neîncadrarea la prevederile art. 60 în Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, întocmită conform prevederilor legii, atât pentru ofertantul SC SRL, cât și pentru terțul susținător”, la care ofertantul a răspuns în SEAP, în data de 22.12.2020 ora 10:12, prin adresa nr. 289/22.12.2020, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr 4442/22.12.2020,

prezentând declarație privind conflictul de interese, semnată de domnul Tirla Florian, cu data de 14.12.2020.

Din analiza acesteia, comisia constată că adresa conține, de fapt, aceleași prevederi ca declarația inițială, doar că ofertantul a schimbat articolul, din art. 59, în art. 60, dar fără a menționa concret în care din condițiile prevăzute de art. 60 din Legea nr. 98/2016 nu se încadrează. De asemenea, în cuprinsul declarației nu sunt indicate persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante.

În ceea ce privește faptul că autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția ofertanților „un model de declarație”, aceasta nu avea obligația să pună la dispoziția ofertanților astfel de modele, riscul privind transmiterea ofertei căzând în sarcina ofertantului, astfel cum este reglementat la art. 125 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

2. Cu privire la afirmațiile contestatorului legate de angajamentul ferm prezentat, autoritatea contractantă precizează că:

Ofertantul a declarat în DUAЕ ca terț susținător pe, conform angajamentului ferm de susținere fără număr de înregistrare, din data de 14.12.2020.

Din angajamentul ferm prezentat, nu rezultă în mod clar modul efectiv de asigurare a îndeplinirii angajamentului de susținere, astfel cum este prevăzut la art. 182 alin (4) din Legea nr. 98/2016, astfel că, prin adresa nr. 4393/18.12.2020, publicată în SEAP în data de 21.12.2020 ora 09:09, comisia de evaluare a solicitat ofertantului următoarele clarificări:

„Prezența documente emise de către terț susținător din care să rezulte modul efectiv de asigurare a îndeplinirii angajamentului de susținere, astfel cum este prevăzut la art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, care prevede că: „Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terț/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terț/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament”, precum și a precizărilor din modelul de formulare pus la dispoziția tuturor ofertanților prin intermediul Sistemului Electronic de Achiziții Publice”.

Ofertantul a prezentat răspunsul său în SEAP, în data de 22.12.2020 ora 10:12, înaintat prin adresa nr. 289/22.12.2020, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 4442/22.12.2020, prezentând adresa nr. 50/22.12.2020, emisă de către Din analiza acesteia, comisia constată că adresa conține, de fapt, clauzele prevăzute în angajamentul ferm prezentat inițial, odată cu oferta, iar în plus, la finalul acestuia, se menționează faptul că se va pune la dispoziția ofertantului următoarele: mijloace auto - 3 buc; personal specializat - ing. constructor

Din analiza răspunsului prezentat, precum și a documentelor care îl însoțesc, comisia de evaluare a considerat răspunsul neconcludent, ținând cont de faptul că:

- din secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, rezultă în mod clar că, în situația susținerii de către un terț/terți, aceștia din urmă trebuiau să specifice modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului. Raportat la această cerință a documentației de atribuire, respectiv fișa de date și formularele anexate acesteia, sunt incidente prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016;

- nici în urma răspunsului la clarificările solicitate, terțul susținător nu a descris modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului, fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

COMUNA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Servicii de dirigenție de șantier în cadrul Proiectului «Realizare rețea de canalizare și stație de epurare în comuna, județul (rest de executat)»”, cod CPV 71247000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1079717/04.12.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 20.478,00 lei, fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului de servicii este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că obiectul contestației formulate de SC SRL îl constituie decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 deoarece clarificările oferite cu privire la terțul susținător și declarațiile

privind neîncadrarea la prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016 au fost neconcludente (conform adresei de comunicare rezultat nr. 4393/18.12.2020), Consiliul îl va analiza în cele ce urmează prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, în ceea ce privește terțul susținător, autoritatea contractantă a impus în cadrul „Instrucțiunilor pentru Ofertanți”, parte integrantă a documentației de atribuire următoarele cerințe:

„Punctul C - Modul de prezentare a ofertei:

Documente solicitate de la potențialii ofertanți sunt:

(...)

pct. 5) - Angajament al Terțului Susținător (angajament necondiționat) cu privire la susținerea tehnică și profesională a Ofertantului în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și / sau profesională și anexele acestuia constând în documentele transmise operatorului economic ofertant de către terțul / terții susținător / susținători din care să rezulte modul efectiv în care aceștia din urmă asigură îndeplinirea angajamentului de susținere (dacă este cazul)“.

De asemenea, „Formularul de angajament ferm”, (anexa la documentația de atribuire) prevede în mod explici faptul că:

„Nota 1: În sensul art. 182 alin. (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAE, și se vor constitui în anexe la angajamentul ferm.

Documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm“.

Sunt relevante în soluționarea contestației formulate și prevederile legale referitoare la terțul susținător, după cum urmează:

- 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.*

*(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificări-le educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător **doar atunci când acesta va***

desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi 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. 48 din HG nr. 395/2016: „(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională invocând suportul unui/unor terț/terți, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, **cu condiția ca ofertantul/candidatul să poată demonstra că dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului”.**

- art. 50 din HG nr. 395/2016: „(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”.

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente din care să rezulte atât faptul că terții susținători vor desfășura efectiv lucrările care fac obiectul susținerii, cât și modul efectiv în care aceștia vor asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că societatea contestatoare a declarat în DUAЕ că îndeplinește cerința privind „Capacitatea tehnică și profesională” prin terțul susținător, fiind depus în acest sens „Angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică-experiența profesională” din care rezultă că acesta din urmă se angajează: „în cazul în care ofertantul SC SRL întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul derulării contractului susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului”, fără însă a menționa în mod clar și concret modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament și fără a anexa documente emise de acesta în vederea dovedirii propriului angajament de susținere, motiv pentru care autoritatea contractantă a procedat prin adresa nr. 4393/18.12.2020 la solicitarea prezentării de către contestator a documentelor emise de terțul susținător în acest sens.

Contestatorul a prezentat răspunsul său în SEAP, în data de 22.12.2020 înaintat prin adresa nr. 289/22.12.2020, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr 4442/22.12.2020, prezentând adresa nr. 50/22.12.2020, emisă de către SC SRL (pag. 128-129 din dosarul achiziției).

Din analiza adresei, Consiliul constatând că aceasta și-a completat angajamentul depus inițial cu mențiunea faptului că se vor pune la dispoziția ofertantului următoarele: mijloace auto - 3 buc; personal specializat - ing. Constructor

Astfel, din analiza documentelor mai sus reiterate rezultă că, în afară de modelul de angajament semnat de terțul susținător, numerele de înmatriculare aferente celor 3 autovehicule necesare deplasării

diriginților de șantier și numele celor 2 ingineri, contestatorul nu a reușit să furnizeze autorității niciun document care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului.

După cum s-a reținut mai sus, autoritatea a cerut ca, odată cu DUAЕ, să se aducă atât angajamentul ferm al terțului susținător (formularul nr. 2), cât și documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament și care au lipsit cu desăvârșire în cazul ofertei depuse.

Prin urmare, Consiliul reține că, prin documentele transmise autorității contractante, contestatorul nu a demonstrat că terțul susținător va desfășura efectiv lucrările pentru care acordă susținere, astfel încât simpla enumerare în DUAЕ a detaliilor aferente unor contracte executate anterior a avut ca rezultat doar îndeplinirea pur formală a cerinței de calificare privind experiența similară impusă de autoritatea contractantă.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 Cod proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatorul nu a reușit să probeze că angajamentul terțului include modul efectiv prin care acesta va asigura execuția lucrărilor în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere deoarece lista autovehiculelor și personalului însoțit de expresia din adresa nr. 50/22.12.2020 *„ori de câte ori situația o va impune (...) putem interveni rapid în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale”* nu poate fi considerată *„modul efectiv”* în care terțul asigură îndeplinirea angajamentului de susținere astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin documentația de atribuire ci doar o argumentație generică.

De asemenea, nu sunt lipsite de relevanță argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin OUG nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin. (2) fiind justificată prin faptul că: *„Se asigură transpunerea fidelă a art. 63, paragraful (1) din Directiva 24/2014/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență (Art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016). Abrogarea dispozițiilor art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora în cazul în care susținerea viza resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că prevederea nu se regăsește în textul directivei și devine inutilă în contextul modificării art. 182 alin. (2), respectiv asigurarea transpunerii fidele a art. 63, paragraful (1) din Directiva 2014/24/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență”.*

În soluționare, Consiliul reține că prevederile art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din **Directiva 2014/24/UE** a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a **Directivei 2004/18/CE**, prevăd următoarele:

*„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități **atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.** (...)”.*

În aceste condiții, rezultă că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează *„experiența profesională relevantă”* (având în vedere argumentele expuse anterior – *„experiența similară”*) trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul constată că experiența similară privind execuția de servicii de tipul solicitat prin fișa de date a achiziției, reprezintă *„experiența profesională relevantă”* la care se face referire în art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice ar fi trebuit să execute efectiv lucrările în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere.

În cauza **C-324/14**, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z o.o., **CJUE** s-a pronunțat astfel:

„33 Potrivit unei jurisprudențe constante, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

34 O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de asemenea Directiva 2004/18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

35 Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă generală de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat.

(...)

37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, **ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

38 Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, **un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă**

(...)

41 De asemenea, nu se poate exclude ca, în împrejurări deosebite, având în vedere natura și obiectivele unui contract determinat, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat să nu poată fi transmise ofertantului. **În consecință, în astfel de împrejurări, ofertantul nu se poate prevala de respectivele capacități decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.**

42 În speță, instanța de trimitere exprimă îndoieli cu privire la aspectul dacă capacitățile PUM pot fi transmise în mod valabil către Partener, în sensul că pot determina punerea la dispoziție a mijloacelor necesare pentru executarea contractului în discuție în litigiul principal, conform dispozițiilor articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, ținând seama de împrejurarea că o astfel de punere la dispoziție s-ar concretiza prin simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, în lipsa oricărei participări directe a PUM la executarea acestui contract.

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

- recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și**

- nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în

*special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, **astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea aceluși contract***".

Din analiza acestor considerente ale Hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în C-324/14, se poate reține că ideile principale din cauza judecată, referitor la rolul terțului în ofertă, sunt următoarele:

- fără capacitățile financiare și economice, precum și tehnice și/sau profesionale ale terțului, ofertantul nici nu putea fi admis să participe la procedură (idee prezentă și în cauza C-234/14);

- ofertantului îi incumbă să facă dovada că dispune „efectiv” de mijloacele acestor organisme sau întreprinderi, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare executării contractului;

precum și faptul că

- terțul, prin susținerea experienței similare, **se obligă să execute părți din contract**.

Prin urmare, Consiliul apreciază că pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, terțul susținător trebuia să prezinte pe lângă angajamentul ferm întocmit conform prevederilor legale, documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate în adresa nr. 50/22.12.2020 și nu doar afirmarea disponibilității acestora (3 autoturisme și 2 specialiști); așadar, dovedirea nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, respectiv la nivel de hârtii, terțul neavând numai atribuții declarative. Mai mult decât atât, din conținutul angajamentului de susținere prezentat în cadrul ofertei, rezultă că terțul susținător garantează autorității contractante **susținerea condiționată: „în situația în care contractantul (...) întâmpină dificultăți în derularea contractului”** (idee), prevedere abrogată de OUG nr. 107/2017 [fostul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016] și care nu este întrutotul

remediată prin adresa nr. 50/22.12.2020, în care terțul susține că poate interveni „*ori de câte ori situația o va impune*”.

Astfel, având în vedere că experiența similară nu poate fi o resursă transmisibilă, întrucât demonstrează că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel care urmează a se încheia, contestatorul trebuia să probeze că terțul va desfășura în mod efectiv lucrările sau serviciile în legătură pentru care a fost acordată susținerea, potrivit art. 182 alin. 2 din Legea nr 98/2016, ceea ce nu este cazul în prezenta procedură, deoarece contestatorul nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă ci trebuie să dovedească că terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract, acest raționament regăsindu-se și în considerațiile Curții de Apel București exprimate în cadrul Deciziei nr. 353/17.03.2020, referitoare la rolul și atribuțiile terțului susținător în cadrul unei proceduri de achiziție publică.

Față de considerentele mai sus menționate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a apreciat în mod corect drept neconcludent acest din urmă răspuns al contestatorului deoarece acesta din urmă nu a reușit să probeze modalitatea efectivă prin care terțul va realiza serviciile/ lucrările pentru care a acordat susținerea, fiind lipsită de obiect analizarea documentelor prezentate de terț pentru dovedirea cerinței privind experiența similară.

În ceea ce privește critica contestatorului privind „*Declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice*”, Consiliul nu mai analizează temeinicia acesteia, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei, rezultatul final fiind același.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile documentației de atribuire, elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f), i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării proprii sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu COMUNA

Pentru aceste motive

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în
contradictoriu cu COMUNA

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de
10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini