

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. 2417/C1/2626

Data: 16.10.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 51109/19.09.2023 formulată de SRL, cu sediul în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de administrator și convențional prin avocat, formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 1522/13.09.2023 și a rezultatului procedurii, emise de către autoritatea contractantă COMUNA (PRIMĂRIA), cu sediul în Localitatea, județul, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Execuție lucrări la obiectivul: Modernizare rețea stradală în comuna, județul, cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat:

1. Anularea raportului procedurii în ceea ce privește declararea drept câștigătoare, a ofertei depuse de către și a adreselor cu privire la comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;

2. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor ținând seama de criticile formulate prin prezenta contestație cu raportare la dispozițiile legale invocate, ca măsură de remediere;

3. În subsidiar, în măsura în care nu mai pot fi luate măsuri de remediere, anularea procedurii ce face obiectul prezentei contestații.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 53496/02.10.2023, cu sediul în Cluj-Napoca, str. Fabricii, nr. 131, județul Cluj, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulează cerere de intervenție voluntară, prin care solicită:

1. Admiterea atât în principiu, cât și pe fond, a cererii de intervenție.

2. Respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de contestatoarea SRL.

3. Pe cale de consecință, menținerea actelor autorității contractante în ceea ce privește evaluarea și declararea ca fiind câștigătoare a ofertei, ca temeinice și legale.

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

În fapt, contestatorul precizează că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1524/13.09.2023, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (1) raportat la art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, motivat

de faptul că: „ofertantul nu a prezentat documentele anexe la angajament, transmise de către terțul susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia”.

Față de acest aspect, contestatorul menționează că, prin adresa nr. 1428/25.08.2023 autoritatea contractantă i-a solicitat să prezinte: „angajamentul ferm din partea SRL împreună cu documentele anexe la angajament, transmise de către terțul susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia”; prin adresa nr. 991/31.08.2023, ... SRL a răspuns, arătând că dispune de personalul, utilajele și echipamentele necesare pentru realizarea obiectivului de investiții care formează obiectul procedurii, însă, deoarece nu a putut satisface cerința din caietul de sarcini referitoare la lucrări similare, a apelat la terța susținere a societății SRL, anexând și angajamentul ferm al terțului susținător, împreună cu documentele solicitate în clarificări.

Arată că, din conținutul angajamentului ferm, reiese că terțul susținător s-a obligat, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziție, în orice moment al execuției contractului, toate resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, în maxim 5 zile calendaristice de la solicitarea autorității contractate. Acest angajament și documentele atașate au fost considerate neconcludente de către autoritate contractantă, motiv pentru care a respins oferta, ca fiind inacceptabilă.

În opinia contestatorului, procedând de această manieră, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 183 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, consideră că dacă autoritatea contractantă avea nelămuriri față de capacitatea tehnică-economică a terțului susținător ar fi trebuit să solicite expres, iar nu generic, prin clarificări, acest aspect, iar pe de altă parte, în conformitate cu prevederile alin. (2) al art. 183 anterior menționat, trebuia, o singură dată, să solicite înlocuirea terțului susținător, ceea ce nu a făcut.

Menționează că, susținerea terțului a fost necesară pentru îndeplinirea cerinței referitoare la lucrările similare, iar nu la capacitatea tehnică a SRL. De altfel, precizează că oferta SRL a fost evaluată din punct de vedere al îndeplinirii capacității tehnice de execuție, făcând dovada că dispune de personal, utilaje și echipamentele necesare executării obiectivului de investiții. Pe de altă parte, subliniază că prețul ofertat este inferior celui din oferta declarată câștigătoare

Apreciază că, procedând de această manieră, autoritatea contractantă a încălcat, deliberat, prevederile alin. (2) al art. 183 din Legea nr. 98/2016, după cum și principiile care stau la baza atribuirii

contractelor de achiziție publică, stabilite prin prevederile art. 2 alin. (2) din același act normativ, respectiv nediscriminare, tratament egal și proporționalitatea.

În consecință, solicită Consiliului să dispună reevaluarea ofertelor depuse, cu respectarea principiului nediscriminării, tratamentului egal, a legislației aplicabile și a documentației descriptive aferente prezentei achiziții, astfel cum a fost pusă la dispoziția tuturor operatorilor economici.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 53496/02.10.2023, formulează cerere de intervenție voluntară, prin care solicită:

1. Admiterea atât în principiu, cât și pe fond, a cererii de intervenție.

2. Respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de contestatoarea SRL.

3. Pe cale de consecință, menținerea actelor autorității contractante în ceea ce privește evaluarea și declararea ca fiind câștigătoare a ofertei, ca temeinice și legale.

În susținerea admisibilității cererii de intervenție, intervenientul invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (1) și alin. (3) cpc.

Subliniază de asemenea că justifică un interes legitim și determinat în a interveni în menținerea actelor autorității contractante, în condițiile în care este ofertant declarat câștigător în prezenta procedură.

Pe fondul cauzei, raportat la oferta depusă de SRL, intervenientul face trimitere la prevederile fișei de date a achiziției, respectiv secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, arătând că, odată cu depunerea DUAE se prezintă angajamentul terțului susținător împreună cu documentele anexe la angajament, transmise de către terțul susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia.

De asemenea, face trimitere la concluziile autorității contractante, menționate în raportul procedurii nr. 1522/13.09.2023, precizând că, în ciuda demersurilor de clarificare întreprinse de comisia de evaluare, ... SRL nu a fost suficient de diligent încât să depună documentele solicitate astfel încât să demonstreze că are acces la resursele terțului susținător prin intermediul căruia a îndeplinit cerința de experiență similară.

Apreciază totodată că, ... SRL se află într-o eroare cu privire la criteriile de calificare și la instituția terțului susținător, precizând, în acest sens, faptul că angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică și profesională trebuia să fie însoțit de documentele transmise ofertantului de către terțul susținător din care să rezulte:

- faptul că terțul dispune de resursele tehnice, profesionale și umane pe care își asumă prin angajament că le va mobiliza;
- modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv cum vor fi implicate efectiv resursele terțului susținător în desfășurarea lucrărilor în legătură cu care acordă susținerea.

Totodată, subliniază că, din documentele prezentate de terț trebuie să reiasă cum se va face transferul acestor resurse către contractant

(inclusiv termenele în care resursele vor fi puse la dispoziția contractantului), astfel încât acestea să fie disponibile contractantului la momentul în care trebuie să fie implicate în derularea/executarea contractului de achiziție publică. Transferul resurselor invocate trebuie să fie posibil în orice moment începând cu data semnării contractului de achiziție publică.

Astfel, având în vedere că aceste documente/dovezi au lipsit atât din oferta SRL, dar și din răspunsul la clarificări, consideră că, în

mod corect și legal, autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei acestui ofertant.

În susținere invocă jurisprudența CNSC.

Arată că nu erau îndeplinite nici condițiile pentru înlocuirea terțului susținător, raportat la prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, susține că, înlocuirea terțului susținător poate avea loc numai în cazul în care respectivul operator economic fie se află într-o situație de excludere din procedura de atribuire, fie nu îndeplinește criteriul relevant privind capacitatea, iar, neprezentarea documentelor necesare în demonstrarea susținerii nu poate fi, în niciun caz, echivalată cu situațiile expres prevăzute de lege în care poate avea loc înlocuirea terțului susținător.

Prin adresa nr. 1549/20.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 51605/21.09.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, pentru considerentele mai jos expuse.

Autoritatea contractantă precizează că în fișa de date, la cap. III.1.3.a), s-a solicitat ca ofertanții să dețină experiența similară prin executarea de lucrări de tipul specificat, respectiv executarea, în ultimii 5 ani, raportați la data limita de depunere a ofertei stabilită inițial prin anunțul de participare, lucrări de construire/ reabilitare/ modernizare de drumuri, similare sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului, în valoare cumulată de minim 4.500.000 lei, la nivelul a maxim 3 contracte.

Totodată, arată că la același capitol din fișa de date, s-au precizat următoarele: „Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016. Cerințe specifice: în DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile cu privire la existența unei susțineri din partea unui terț, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAE. Odată cu depunerea DUAE se prezintă angajamentul terțului susținător împreună cu documentele anexe la angajament, transmise de către terțul susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia. Prin angajamentul ferm, terțul confirmă, faptul că va sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin identificarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru)”.

În continuare, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, precizând că SRL nu a

prezentat în cadrul ofertei un angajament ferm privind susținerea capacității tehnice și/sau profesionale, însă, având în vedere faptul că, în DUAЕ prezentat de contestator, s-a indicat faptul că la procedură participă și SRL, cu rol de terț, prezentându-se totodată și DUAЕ completat de către acesta, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări cu adresa nr. 1428/25.08.2023, respectiv, să prezinte angajamentul ferm din partea SRL împreună cu documentele anexe la angajament, transmise de către terțul susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia.

Arată că, la aceasta solicitare, contestatorul a răspuns cu adresa nr. 991/31.08.2023 prezentând angajamentul ferm din partea SRL privind susținerea tehnică și profesională, însă nu a prezentat și documentele anexe la angajament, transmise de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, astfel cum în mod explicit i-a solicitat comisia de evaluare și cum în mod la fel de explicit este prevăzut la art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Contestatorul nu a dat curs solicitării comisiei, aspect penalizat de legislația achizițiilor publice.

Având în vedere cele de mai sus, apreciind că răspunsul nu este concludent, în temeiul art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (1) din HG 395/2016, autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta SRL.

Cu privire la afirmațiile contestatorului, potrivit cărora s-ar fi încălcat prevederile art. 183 din Legea 98/2016, prin faptul că nu s-a solicitat înlocuirea terțului susținător, autoritatea contractantă precizează că motivul de excludere al ofertei îl reprezintă răspunsul incomplet (neconcludent) la solicitarea de clarificări și nu neîndeplinirea de către terț a criteriilor relevante privind capacitatea sau încadrarea în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.

.... SRL a răspuns afirmativ în DUAЕ la întrebarea privind îndeplinirea criteriilor de selecție impuse, astfel încât, comisia de evaluare nu avea niciun indiciu privind neîndeplinirea de către acesta a cerinței privind experiența similară și, prin urmare, nu avea niciun motiv să solicite înlocuirea terțului susținător, în baza art. 183 din Legea nr. 98/2016.

Suplimentar, precizează că, întrucât, ofertantul nu a răspuns unei solicitări de clarificări a unor aspecte deja solicitate prin fișa de date, comisia de evaluare nu putea să solicite încă odată ofertantului să clarifice aceste aspecte, decât cu încălcarea legislației achizițiilor publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 52487/26.09.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 53061/28.09.2023 contestatorul, depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209531606/1, tranzacția nr. 1374484193/123437333 din 25.09.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala Baia Mare, în cuantum de 94.112,35 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

COMUNA (PRIMĂRIA) în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Execuție

lucrări la obiectivul: Modernizare rețea stradală în comuna, județul, cod CPV: 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. /01.08.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 4.705.617,41 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... a formulat cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 53496/02.10.2023,

transmisă la CNSC prin e-mail, la data de **29.09.2023**, ora 14:41, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 19.09.2023 sub identificatorul „Document: [.... /00039] CONTESTATIE CNSC pdf” contestația formulată de SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție a este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de SRL.

Procedând la analiza contestației, Consiliul constată că obiectul acesteia îl constituie decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei contestatorului, conform adresei comunicare rezultat nr. 1524/13.09.2023, în temeiul art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, deoarece *„ofertantul nu a prezentat documentele anexe la angajament transmise de către terțul susținător din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia”*, motiv pentru care, Consiliul va analiza această critică prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit Fișei de date, pct.III.1.3.a) - „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, s-au prevăzut următoarele cerințe:

„Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Cerințe specifice: în DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile cu privire la existența unei susțineri din partea unui terț, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAE.

Odată cu depunerea DUAE se prezintă angajamentul terțului susținător împreună cu documentele anexe la angajament, transmise de

către terțul susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia. Prin angajamentul ferm, terțul confirmă, faptul că va sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin identificarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru). Totodată, prin angajamentul ferm, terțul se va angaja că va răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică. Răspunderea solidară a terțului susținător se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta a obligațiilor de susținere asumate prin angajament”.

Din analiza cerințelor stipulate în cadrul documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă că 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 prezentei cauze 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, deși contestatorul SRL l-a declarat ca și terț susținător pe SRL, nu a depus în cadrul ofertei angajamentul ferm din partea acestuia din urmă și nici documentele din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acordată, motiv pentru care, autoritatea contractantă a procedat la solicitarea de clarificări/completări prin adresa nr. 1428/25.08.2023, în sensul prezentării documentelor lipsă.

Contestatorul a răspuns la această solicitare prin adresa nr. 991/31.08.2023, în care menționează că: „**declar că dispunem de personalul, utilajele și echipamentele necesare pentru realizarea obiectivului de investiții, însă întrucât nu am putut satisface cerința caietului de sarcini referitoare la lucrări similare, am apelat la terța susținere – SC SRL.** Prin urmare vă înaintăm angajamentul

ferm al societății SC CONSULT SRL împreună cu documentele solicitate în clarificările solicitate ... ”.

Or, din conținutul răspunsului contestatorului rezultă, în mod evident, că acesta din urmă nu se bazează pe capacitatea terțului susținător SRL și acesta din urmă nu va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări, fiind menționat, în cadrul ofertei, doar artificial și pur formal, în vederea satisfacerii cerinței documentației de atribuire referitoare la lucrări similare. De altfel, această susținere formală a SRL rezultă și din

modelul de angajament semnat de terțul susținător care 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, 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.

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, aspect de altfel dificil în condițiile în care recunoaște atât în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări cât și în cadrul contestației că terțul susținător nu va avea nici o implicare sau rol în execuția lucrării, fiind menționat doar pur formal și artificial în vederea îndeplinirii cerinței de calificare.

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 asigura 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 transunerii 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 lucrări 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 acelui 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 și nu doar afirmarea disponibilității acestora (resurse tehnice și profesionale, consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal prin personal specializat); așadar, dovedirea nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, respectiv la nivel de hârtii, terțul neavând numai atribuții declarative.

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 SRL trebuia să probeze că terțul (SC SRL) 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 aplicabilitatea, în raport cu oferta contestatorului, a dispozițiilor art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 deoarece SRL nu a reușit să demonstreze și nu

consideră că se impune 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.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare în cadrul prezentei proceduri s-a

făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este neîntemeiată, urmând să fie respinsă.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA) iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA), iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de

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 5 (cinci) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini