



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. 3244/05.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 59157/05.12.2023, ce formează obiectul **dosarului nr. 2983/2022**, ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat raportul procedurii nr. 6357/14715/(RU)4714 - 28.11.2022 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6357/14703(RU)14702/ 28.11.2022, elaborate în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare iluminat public stradal în municipiul Lugoj, etapa 1, județul Timiș, prin programul AFM privind creșterea eficienței energetice a infrastructurii de iluminat public”, inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., și a solicitat:

- anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 6357/14715/(RU)4714/28.11.2022, respectiv în partea ce privește oferta clasată pe locul 1, precum și anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6357/14703(RU)14702/28.11.2022, ca netemeinice și nelegale;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în reevaluarea ofertei clasate pe locul 1, depusă de

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante nr. 2307/16.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 62110/19.12.2022, privind contestația ce formează obiectul **dosarului nr. 2983/2022**, ..., cu sediul în localitatea ..., înregistrată

la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, și convențional de S..., cu sediul în București, str. Ștefan Mihăileanu nr. 11, sector 2, adresă unde dorește comunicarea actelor de procedură, a solicitat admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației ..., ca nefondată, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată precum și asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 2285/13.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 61179/14.12.2022, ce formează obiectul **dosarului nr. 3072/2022**, ..., cu sediul în localitatea ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal de Sasu Narcis-Ionuț, în calitate de administrator și convențional ..., adresă unde dorește comunicarea actelor de procedură, a contestat răspunsul la solicitarea de acces la dosarul achiziției, nr. 6357/20715(RU)20714/13.12.2022, procesul-verbal de reevaluare tehnică nr. 104189/21.10.2022, în partea ce privește oferta societății ... fișele de punctaj – criteriu tehnic și financiar, în partea ce privește oferta societății ... și raportul procedurii nr. 6357/14703(RU)14702/ 28.11.2022, în partea ce privește oferta societății ..., și a solicitat:

- anularea deciziei prin care oferta depusă de ... a fost declarată ca fiind admisibilă și conformă, anularea raportului procedurii, în partea privind oferta ... a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a actelor subsecvente, anularea răspunsului la solicitarea de acces la dosarul achiziției, nr. 6357/20715(RU)20714/13.12.2022, a procesului-verbal de reevaluare tehnică nr. 104189/21.10.2022, a fișelor de punctaj – criteriu tehnic și financiar și a raportului procedurii nr. 6357/14703(RU)14702/ 28.11.2022, în partea privind oferta ..., și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... și la plata cheltuielilor de judecată.

În temeiul art. 17 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, în vederea pronunțării unei soluții unitare, Consiliul a conexas cele două contestații. Contestațiile vor fi soluționate împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

În susținerea contestației care face obiectul dosarului nr. 2983/2022, .. critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de .. apreciind această decizie ca fiind netemeinică și nelegală, în condițiile în care ofertantul declarat câștigător nu a îndeplinit cerința privind experiența similară impusă prin documentația de atribuire.

Potrivit contestatoarei, pentru îndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției privind experiența similară, în legătură cu care s-a precizat în

mod expres că, „Odată cu depunerea DUAЕ toți ofertanții vor prezenta angajamentul terțului susținător (împreună cu documentele anexe la angajament, transmise acestora de către terți/terți susținători, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/ acestora), acordul de asociere și acordul de subcontractare (dacă este cazul)”, ofertantul ... a prezentat, în cadrul „Angajamentului de susținere” din partea ... privind capacitatea tehnică și/sau profesională – experiența similară, în cuprinsul căruia s-a precizat că: „(...) ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția (...) toate resursele tehnice și profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta/aceștia, conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publice ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă”.

Prin urmare, apreciază contestatoarea, ... avea obligația depunerii, odată cu DUAЕ, de documente anexe la angajament, transmise acestora de către terți/terți susținători, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora), acordul de asociere și acordul de subcontractare (dacă este cazul).

În acest context, contestatoarea susține că ... nu a prezentat niciun document din care să rezulte modul efectiv în care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, situație în care nu au fost respectate prevederile art. 182 alin. (2) și (4) din Legea 98/2016. ... era obligată să comunice autorității contractante modul efectiv în care terțul susținător va îndeplini propriul angajament de susținere încă de la depunerea ofertei.

Astfel, contestatoarea consideră că susținerea acordată de .. nu putea fi luată în considerare, motiv pentru care oferta ...nu putea fi declarată admisibilă, respectiv câștigătoare a procedurii.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 59828/07.12.2022, .. a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 208630825/1 din 05.12.2023, eliberată de CEC BANK – Sucursala Târgoviște, în sumă de 88.000 RON.

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere nr. 6357/19661/(RU)/19660 – 09.12.2022, cu privire la contestația formulată de ..., solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În susținere, autoritatea contractantă precizează că, astfel cum rezultă din procesul-verbal privind evaluarea informațiilor din DUAЕ și a documentelor însoțitoare, procesul-verbal de evaluare a îndeplinirii criteriilor de calificare pe baza informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc și din procesul-verbal de evaluare a documentelor suport DUAЕ, ofertantul a depus un angajament privind susținerea tehnică și profesională, încheiat între și a făcut dovada îndeplinirii condițiilor cerute de lege de către terțul susținător, precum și în sensul îndrumărilor ANAP potrivit cărora: „Din dispozițiile legale în vigoare rezultă că între terț și ofertant trebuie să existe un act juridic. Acesta, în practică, poate

fi un contract sau o convenție în care să se prevadă în mod expres obligațiile pe care terțul și le asumă cu privire la susținerea acordată, precum și la drepturile ofertantului, dar și faptul că terțul își asumă răspunderea în fața autorității/entității contractante (în funcție de tipul de susținere acordată) Din prevederile legale rezultă, de asemenea, că acest act juridic îi este prezentat și autorității/entității contractante.”

În data de 12.12.2022, autoritatea contractantă a transmis o parte a dosarului achiziției.

Prin cererea de intervenție nr. 2307/16.12.2022, ..., în calitate de operator economic a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare a procedurii, arată că, din cuprinsul Angajamentului depus, rezultă că terțul susținător garantează „necondiționat și irevocabil” susținerea necesară în vederea îndeplinirii contractului în privința oricăror dificultăți de natură tehnică, situație în care criticile privind modalitatea efectivă de susținere și de realizare a serviciilor de către terțul susținător apare ca superfluă. Pentru a dovedi îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin susținerea unui terț, nu este nevoie de nicio formalitate de natura celor indicate de contestatoare ci, doar, prezentarea unui angajament ferm, acest act regăsindu-se la dosarul achiziției publice.

Ofertantul care s-a bazat pe experiența similară a terțului a demonstrat-o, în primul rând, prin exemplificarea acestor lucrări la care terțul a participat în mod efectiv și concret și, în secundar, prin garantarea accesului la acesta, fiind semnat angajamentul pus la dispoziție de autoritatea contractantă, prin care se afirmă necondiționat susținerea pentru îndeplinirea contractului, în situația în care ofertantul ar fi întâmpinat dificultăți, simultan cu asumarea răspunderii terțului față de autoritate. Având în vedere că angajamentul este în susținerea experienței similare, modalitatea de a o demonstra a fost prin transmiterea, ca anexă la angajament, a documentelor din care a rezultat această experiență, operatorul terț dovedind îndeplinirea cerințelor prin raportare la partea din ofertă cu privire la care a fost implicat.

Terțul, prin aportul său, suplinește experiența similară pe care nu o deține încă operatorul ofertant, scopul urmărit de instituția terțului susținător fiind, astfel, îndeplinit, fiind, totodată, demonstrate și condițiile de participare a acestuia.

Pe de altă parte, experiența similară este asociată cu totalitatea cunoștințelor în implementarea/realizarea unui contract sau a unor activități similare, neavând același înțeles cu noțiunea prevăzută de art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 a experienței profesionale relevante. De asemenea, documentele suport solicitate de autoritatea contractantă, în vederea demonstrării experienței similare de către ofertant, au în vedere lucrările anterioare, nu personalul. Rezultă, deci, că potrivit normei naționale, numai în legătură cu personalul se poate cerceta, pe de parte, chestiunea calificărilor, pe de altă parte, experiența generată de o anumită profesie.

Un argument care infirmă interpretarea propusă de petentă este acela că, prin necesitatea justificării experienței similare, doar în persoana ofertantului, s-ar ajunge la concluzii contrare legii și scopului ei, adică la suprimarea mecanismului subcontractantului pe ale cărui capacități se poate baza un operator, al terțului susținător, ambele utilizate în practică în legătură cu experiența similară.

Prin cererea de intervenție, ... aduce o serie de critici și ofertei depuse de ..., apreciind că:

- din cuprinsul ofertei lipsește descrierea momentului la care vor interveni experții în implementarea contractului;

- ofertantul nu a prezentat graficul Gantt în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, în sensul că în cuprinsul acestuia nu sunt evidențiate lucrările executate de către asociatul SICAL SRL;

- în contextul în care, din documentația de atribuire, rezultă în mod clar obligația ofertanților de a nominaliza responsabili tehnici cu execuția pe diferite specialități, cerință pe care ..., prin depunerea ofertei, și-a asumat-o în totalitate, în cadrul ofertei nu au fost prezentați specialiștii RTE;

- ofertantul nu și-a însușit obligația de a inspecta echipamentele la fiecare 6 luni;

- în cadrul ofertei nu a fost prezentată estimarea efectelor tuturor riscurilor indicate în mod minimal de către autoritatea contractantă;

- în condițiile în care, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a instituit în sarcina ofertanților obligația de a include în cadrul planului calității – parte din ofertă, cel puțin informațiile indicate în cadrul caietului de sarcini la pag. 15, din cuprinsul ofertei desemnate câștigătoare, se constată că ofertantul criticat nu a prezentat în cadrul planului descrierea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă; concret, din cuprinsul ofertei ... se constată că aceasta nu a prezentat în cadrul Planului calității, structura organizațională cu identificarea funcțiilor și responsabilităților personalului implicat direct în executarea contractului, dar nici resursele disponibile pentru executarea contractului, respectiv forța de muncă, materiale și infrastructură;

- propunerea financiară prezentată de ... nu a fost semnată de ambii membri ai asocierii, astfel cum impun dispozițiile exprese din cuprinsul fișei de date;

- prin raportare la cerința de la pag. 78/127 privind Fișa tehnică nr. 4, aferentă Sistemului de telegestiune, din analiza ofertei, se poate constata că ... nu a demonstrat îndeplinirea cerinței privind existența domeniului de temperatură în cadrul rapoartelor de testare la nivel de punct de aprindere; concret, din rapoartele de încercări prezentate pentru echipamentul de tip FRCM al producătorului Flashnet nu reiese domeniul temperaturii de lucru, astfel cum a fost solicitat prin cerințele Proiectului tehnic, în cadrul Fișei Tehnice nr. 4 – Sistem de telegestiune la nivel punct de aprindere.

Prin adresele nr. 62980/2982/C5/21.12.2022 și nr. 62982/2982/C5/ 21.12.2022, Consiliul a adus la cunoștința autorității contractante, respectiv a contestatoarei ..., faptul că a formulat o cerere de intervenție, informându-le, totodată, că au posibilitatea de formulare a unor susțineri cu privire la aceasta.

Prin adresa din data de 22.12.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 63145/22.12.2022, autoritatea contractantă a precizat că a luat cunoștință de depunerea cererii de intervenție de către ... și că, față de punctul de vedere anterior transmis, nu are nimic de adăugat.

Prin concluziile scrise nr. 2378/30.12.2022, înregistrate la Consiliu cu nr. 64524/30.12.2022, cu referire la cheltuielile de judecată solicitate, intervenienta a solicitat obligarea autorității contractante la plata integrală a sumei de 5.712 lei, reprezentând onorariu avocat, sens în care invocă Decizia nr. 911/2021 a Secției a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție (cu privire la posibilitatea reducerii cuantumului cheltuielilor de judecată) precum și jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată (cu privire la posibilitatea acordării cheltuielilor de judecată intervenientului).

Prin contestația care face obiectul **dosarului nr. 3072/2022**, ..., în calitate de ofertant a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare a procedurii, își justifică interesul în formularea contestației prin aceea că doar ofertantul respins în mod definitiv din cadrul unei proceduri de atribuire este prezumat a nu mai justifica un interes în promovarea unei căi de atac, aceasta nefiind situația sa.

De asemenea, contestatoarea critică decizia autorității contractante de a declara admisibilă și conformă oferta depusă de și de a o clasa pe locul 2, apreciind că aceasta ar fi trebuit respinsă ca neconformă și inacceptabilă, pentru următoarele motive:

- din cuprinsul ofertei lipsește descrierea momentului la care vor interveni experții în implementarea contractului;

- ofertantul nu a prezentat graficul Gantt în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, în sensul că în cuprinsul acestuia nu sunt evidențiate lucrările executate de către asociatul SICAL SRL;

- în contextul în care, din documentația de atribuire, rezultă în mod clar obligația ofertanților de a nominaliza responsabili tehnici cu execuția pe diferite specialități, cerință pe care .., prin depunerea ofertei, și-a asumat-o în totalitate, în cadrul ofertei nu au fost prezentați specialiștii RTE;

- ofertantul nu și-a însușit obligația de a inspecta echipamentele la fiecare 6 luni;

- în cadrul ofertei nu a fost prezentată estimarea efectelor tuturor riscurilor indicate în mod minimal de către autoritatea contractantă;

- în condițiile în care, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a instituit în sarcina ofertanților obligația de a include în cadrul planului calității – parte din ofertă, cel puțin informațiile indicate în cadrul caietului de sarcini la pag. 15, din cuprinsul ofertei desemnate câștigătoare, se constată că ofertantul criticat nu a prezentat în cadrul

planului descrierea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă; concret, din cuprinsul ofertei ... se constată că aceasta nu a prezentat în cadrul Planului calității, structura organizațională cu identificarea funcțiilor și responsabilităților personalului implicat direct în executarea contractului, dar nici resursele disponibile pentru executarea contractului, respectiv forța de muncă, materiale și infrastructură;

- propunerea financiară prezentată de ... nu a fost semnată de ambii membri ai asocierii, astfel cum impun dispozițiile exprese din cuprinsul fișei de date;

- prin raportare la cerința de la pag. 78/127 privind Fișa tehnică nr. 4, aferentă Sistemului de telegestiune, din analiza ofertei, se poate constata că nu a demonstrat îndeplinirea cerinței privind existența domeniului de temperatură în cadrul rapoartelor de testare la nivel de punct de aprindere; concret, din rapoartele de încercări prezentate pentru echipamentul de tip FRCM al producătorului Flashnet nu reiese domeniul temperaturii de lucru, astfel cum a fost solicitat prin cerințele Proiectului tehnic, în cadrul Fișei Tehnice nr. 4 – Sistem de telegestiune la nivel punct de aprindere.

Raportat la cererea de studiere a dosarului achiziției publice, atât la autoritatea contractantă cât și la Consiliu, contestatoarea face o serie de aprecieri cu privire la Declarația ... privind confidențialitatea ofertei sale, precizând, în esență, că, raportat la prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 217 alin. (6) din același act normativ, nu a fost prezentat niciun mijloc de probă cu privire la confidențialitatea documentelor indicate ca fiind confidențiale.

Potrivit contestatoarei, ofertanții au obligația de a indica și de a dovedi care informații din propunerea tehnică, respectiv financiară, sunt confidențiale, neputând fi acceptată declararea ofertelor tehnice și financiare, ca fiind confidențiale, în integralitatea lor.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 62510/20.12.2022, ... a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 208677185/1 din 19.12.2022, eliberată de CEC BANK – Sucursala Iași, în sumă de 88.000 lei.

Prin punctul de vedere din data de 20.12.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 62471/20.12.2022, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, în principal, pe cale de excepție, ca fiind tardiv formulată sau, după caz, ca fiind lipsită de interes și, în subsidiar, pentru situația în care ambele excepții vor fi respinse, ca nefondate.

În susținerea excepției tardivității contestației, autoritatea contractantă a invocat prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, arătând că, raportat la actul atacat, respectiv la raportul procedurii nr. 6357/14715/(RU) 14714 – 28.11.2022, publicat în SEAP la data 28.11.2022, ultima zi în care putea fi depusă contestația era 08.12.2022.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că dreptul contestatoarei de a formula contestația s-a născut la data de 28.11.2022, nu la data de

06.12.2022 când a fost postată în SEAP contestația Mai precizează autoritatea contractantă că .. a avut acces la dosarul achiziției publice și anterior formulării contestației care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. ../2022, contestație în urma căreia au fost dispuse măsuri de remediere, iar oferta sa a fost declarată câștigătoare a procedurii.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes în formularea contestației, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 544/2004, precizând că invocarea unui interes legitim public poate fi făcută doar în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

Pe fond, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației ..., invocând în susținere documentele privind evaluarea ofertei

Prin concluziile scrise nr. 2379/30.12.2022, înregistrate la Consiliu cu nr. 24/03.01.2023, cu referire la cheltuielile de judecată solicitate, intervenienta a solicitat obligarea autorității contractante la plata integrală a sumei de 5.236 lei, reprezentând onorariu avocat. În acest sens, a invocat jurisprudența Consiliului arătând că, în alte spețe, au fost acordate cheltuieli de judecată într-un quantum mai mare în condițiile în care speța a fost de o complexitate mai redusă decât cea de față. De asemenea, invocă și jurisprudența instanțelor de judecată cu privire la situațiile în care onorariul avocatului poate fi redus.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 707/05.01.2023, autoritatea contractantă a solicitat respingerea cererii de obligare a sa la plata cheltuielilor de judecată, sens în care invocă principiul tratamentului egal al părților implicate. Astfel, arată că, prin cele 3 contestații depuse cu privire la rezultatul procedurii, procesul de implementare a contractului a fost întârziat, beneficiarii acestui proiect fiind prejudiciați de lucrările la infrastructura de iluminat care ar fi trebuit, la momentul de față, să se aflate în procesul de execuție. Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a solicitat despăgubiri pentru contestațiile înaintate de ofertanți. În plus, arată că obligarea sa la plata cheltuielilor de judecată ar fi și injustă, în condițiile în care ... a fost declarat câștigător al procedurii.

În data de 20.01.2023, autoritatea contractantă a transmis documente din cadrul documentației de atribuire, necesare soluționării cauzelor, fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 3451/20.01.2023.

Prin Concluziile scrise nr. 341/21.02.2023, înregistrate la Consiliu cu nr. 8820/21.02.2023, ... a reiterat susținerile din cuprinsul cererii de intervenție și al contestației cu privire la faptul că, din cuprinsul Angajamentului și al Răspunsului la clarificări din data de 17.11.2022, rezultă, în mod indubitabil că terțul susținător garantează necondiționat și irevocabil susținerea necesară în vederea îndeplinirii contractului în privința oricăror dificultăți de natură tehnică.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin actul de sesizare a Consiliului, ... a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

Conform legislației în vigoare, accesul părților la dosarul constituit la Consiliu se face în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

„(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”.

Pentru a stabili care dintre documentele transmise Consiliului de către autoritatea contractantă vor fi puse la dispoziția contestatoarei ... (dosar nr. .../2022) pentru a fi studiate la sediul CNSC, Consiliul a procedat la verificarea acestora.

Astfel, Consiliul reține că atât ... cât și ... au depus declarații privind confidențialitatea propunerilor tehnice și financiare.

Având în vedere solicitarea contestatoarei privind studierea dosarului cauzei la sediul CNSC și declarația privind informațiile considerate confidențiale depusă de asocieră .., în cadrul procedurii de atribuire, Consiliul, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, a solicitat ofertantului .., prin adresa nr. ...06.02.2023, să comunice temeiul juridic al încadrării acestor înscrisuri ca fiind confidențiale, să probeze, respectiv, să prezinte dovada care conferă caracter de „confidențialitate” informațiilor indicate ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Asocieră ... a transmis adresa nr. 401/07.02.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 6150/07.02.2023, prin care a formulat un răspuns la solicitarea CNSC.

Astfel, în ceea ce privește caracterul confidențial al informațiilor care compun propunerea financiară și tehnică, asocieră ... a reiterat aceleași argumente prezentate în cuprinsul „Declarației privind

partea/părțile din propunerea tehnică și propunerea financiară care au caracter confidențial”, invocând prevederile legale pe care le-a avut în vedere.

Analizând declarațiile de confidențialitate depuse de ..., în prezenta procedură de atribuire, Consiliul reține că cei doi ofertanți au declarat confidențiale atât propunerile tehnice, cât și cele financiare, ... declarând, în plus, ca fiind confidențiale inclusiv documentele de calificare și răspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la oferta sa.

Consiliul apreciază că în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte este relevantă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat:

- în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar;

- protecția secretelor comerciale constituie un principiu general;

- în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora;

- având în vedere prejudiciul care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora;

- organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei ..., care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, întregul dosar al achiziției publice, cu excepția documentelor propunerii tehnice și propunerii financiare a ..., declarate confidențiale de aceasta.

Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând contestatoarei, care a invocat caracterul confidențial al propunerii sale

tehnice și financiare, accesul la documentele similare ale contracandidaților.

Prin adresa nr. .../14.03.2023, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a informat autoritatea contractantă că a fost dispusă prelungirea termenului de soluționare a contestației cu 10 zile.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare iluminat public stradal în municipiul Lugoj, etapa 1, județul Timiș, prin programul AFM privind creșterea eficienței energetice a infrastructurii de iluminat public”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1043305 din 30.05.2022 și a documentației de atribuire.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, așa cum rezultă din procesul verbal de vizualizare a ofertelor, înregistrat sub nr. 69520/22.07.2022.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul consemnat în raportul procedurii nr. 99372/10.10.2022, potrivit căruia oferta depusă de ... a fost declarată câștigătoare.

Nemulțumit de acest raport al procedurii, ofertantul a depus contestația nr. 1913/17.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 51033/18.10.2022, soluționată prin Decizia CNSC nr./10.11.2022, prin care au fost dispuse următoarele:

„Admite excepția invocată din oficiu și respinge, ca rămasă fără obiect, contestația formulată de .., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ...

Respinge, ca prematur introduse, criticile nr. 3-9 și 11 referitoare la oferta depusă de .. (...).”

După reevaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul final, consemnat în raportul procedurii nr. 6357/14715/(RU)4714/28.11.2022, potrivit căruia oferta ... a fost clasată pe locul 2, pe locul I clasându-se ofertantul ...

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, ofertantul ... a depus contestația ce face obiectul dosarului nr. **2../2022**.

... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208630825/1 din 05.12.2022, eliberată de CEC BANK – Sucursala Târgoviște, în sumă de 88.000 RON.

Luând la cunoștință de faptul că ... a depus contestația care formează obiectul dosarului nr. 2983/2022, prin care a formulat critici cu privire la oferta sa, ..., ofertantul declarat câștigător, a depus contestația ce formează obiectul dosarului nr. **.../2022**, prin care a solicitat anularea deciziei prin care oferta depusă de a fost declarată ca fiind admisibilă și conformă, clasată pe locul 2, cu motivarea că oferta depusă

de acest operator economic se impunea a fi declarată ca fiind neconformă și inacceptabilă.

La rândul său, ... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208677185/1 din 19.12.2022, eliberată de CEC BANK – Sucursala Iași, în sumă de 88.000 lei.

Recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ..., nr. 2307/16.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 62110/19.12.2022, Consiliul constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, 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 faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”*], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 06.12.2022, contestația formulată de .., astfel că termenul limită de depunere a unor astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 16.12.2022. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție, transmisă Consiliului, prin email și prin poștă, la data de 16.12.2022, precum și autorității contractante, în aceeași dată, prin e-mail, a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere de intervenție prezintă o natură juridică dublă, respectiv:

- intervenție accesorie în partea care sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației formulată de prin care a fost criticată oferta sa;
- intervenție principală în partea care privește criticile formulate cu privire la oferta depusă de ... (contestatoare în cauza care formează obiectul dosarului CNSC nr. 2983/2022).

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61, art. 62, art. 63, art. 64, art. 65, art. 66 și art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată de către Consiliu.

Văzând că ofertantul .. a depus contestație împotriva modului de evaluare a ofertei clasate pe locul 2, ce cuprinde criticile din cererea de intervenție principală, Consiliul va analiza aceste critici cu ocazia soluționării contestației care formează obiectul dosarului nr. 3072/2022.

În ceea ce privește contestația formulată de, care formează obiectul dosarului CNSC nr. ../2022, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia nr. 2362/C5/2522/ 10.11.2022, procedând la reevaluarea ofertelor.

În urma reevaluării ofertelor, comisia de evaluare a declarat admisibilă, dar necâștigătoare, oferta depusă de .., fiind poziționată în clasamentul final pe locul 2, iar oferta depusă de . a fost declarată câștigătoare, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 6357/14715/(RU)4714/28.11.2022.

Ulterior comunicării rezultatului procedurii, ... a depus contestația care formează obiectul dosarului nr.**/2022.**

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de câștigător, în speță, nerespectarea prevederilor art. 182 alin. (2) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016 de către terțul susținător al ofertantului câștigător. Consiliul reține următoarele:

Prin fișa de date, autoritatea contractantă a solicitat:

„III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională (...)

În cazul în care ofertantul se prevalează de dreptul prevăzut la art. 182 alin. (1) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv invocă susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și profesională, se vor respecta prevederile art. 48-50 din HG 395/2016. (...)

Odată cu depunerea DUAE toți ofertanții vor prezenta angajamentul terțului susținător (împreună cu documente anexe la angajament, transmise acestora de către terț/terți susținători, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora), acordul de asociere și acordul de subcontractare (dacă este cazul).

Dacă operatorul economic invocă susținerea unui/unor terț/terți, o dată cu DUAE se va prezenta și angajamentul de susținere privind experiența similară (Formularul nr. 6 – model orientativ).

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

*Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor 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 indicarea 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/terții se va/vor angaja că va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică.

Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament”.

În documentația de atribuire a fost inclus și următorul model de formular:

„FORMULARUL 6

.....

(denumirea)

ANGAJAMENT

privind susținerea tehnica si profesională a ofertantului/candidatului/ grupului de operatori economici

Către, ...

..

(denumirea autorității contractante și adresa completă)

Cu privire la procedura pentru atribuirea contractului (denumirea contractului de achiziție publică), noi (denumirea terțului susținător tehnic și profesional), având sediul înregistrat la (adresa terțului susținător tehnic și profesional), ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția..... (denumirea ofertantului/grupului de operatori economici) toate resursele tehnice și profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta/aceștia, conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

Acordarea susținerii tehnice și profesionale nu implică alte costuri pentru achizitor, cu excepția celor care au fost incluse în propunerea financiară.

În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția (denumirea ofertantului/candidatului/ grupului de operatori economici) resursele tehnice și/sau profesionale de necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.

Noi, ... (denumirea terțului susținător tehnic și profesional), declarăm că înțelegem să răspundem, în mod necondiționat, față de autoritatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de (denumire ofertant/candidatului/grupul de operatori economici), în baza contractului de achiziție publică, și pentru care (denumire operatorul/candidatului/grupul de operatori economici) a primit susținerea tehnică și profesională conform prezentului angajament, renunțând în acest sens, definitiv și irevocabil, la invocarea beneficiului de diviziune sau discuțiune.

Noi, ... (denumirea terțului susținător tehnic și profesional), declarăm ca înțelegem să renunțăm definitiv și irevocabil la dreptul de a invoca orice excepție de neexecutare, atât față de

autoritatea contractantă, cât și față de (denumire ofertant/grupul de ofertanți), care ar putea conduce la neexecutarea, parțială sau totală, sau la executarea cu întârziere sau în mod necorespunzător a obligațiilor asumate de noi prin prezentul angajament.

Noi,..... (denumirea terțului susținător tehnic și profesional), declarăm că înțelegem să răspundem pentru prejudiciile cauzate autorității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament.

Prezentul reprezintă angajamentul nostru ferm încheiat în conformitate cu prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care dă dreptul autorității contractante de a solicita, în mod legitim, îndeplinirea de către noi a anumitor obligații care decurg din susținerea tehnică și profesională acordată (denumirea ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici)".

Consiliul reține că, potrivit 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 calificările 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".

În cauză, .. a demonstrat îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară, prin susținere, din partea terțului .., pentru care a prezentat DUAE și angajamentului ferm de susținere.

Consiliul reține că, în angajamentul de susținere, ... a precizat următoarele:

„În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția .. resursele tehnice și/sau profesionale necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.”

În anexa nr. 1 a acestui angajament- „Declarația privind experiența similară”, terțul susținător ... a menționat un contract cu lucrări executate în perioada 21.05.2020-21.04.2021.

Consiliul observă că, deși în formularului 6 terțul susținător avea obligația să completeze spațiul destinat resurselor tehnice și/sau profesionale, terțul a ignorat acest spațiu, **în angajament nefiind înscrisă nicio resursă ce ar putea fi pusă la dispoziția ofertantului.**

Contrar cerințelor din formularul 6, intervenientul ELECTROCONS GROUP PROIECT INTL SRL susține, în cererea sa, următoarele: *„Pentru a dovedi îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și/profesională prin susținerea unui terț, apreciem că **nu este nevoie de nicio formalitate de natura celor indicate de contestatar** (cu toate că acestea există în oferta depusă de subscrisa), ci prezentarea unui angajament ferm este conformă art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, act regăsindu-se la dosarul achiziției publice.”*

Mai mult decât atât, trebuie remarcat faptul că autoritatea contractată, pentru a fi respectat art. 182 alin. (2) și (4) din Legea nr. 98/2016, a impus ofertanților (în cadrul cerinței de calificare *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, din fișa de date a achiziției), ca, prin angajamentul de susținere, terțul **să confirme că va sprijini ofertantul, precizând modul în care intervine concret/indicarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziția ofertantului (cu descrierea concretă a modului în care o va realiza).**

Or, prin angajamentul de susținere, ... INTL SRL nici nu arată modul cum intervine în concret în realizarea activităților pentru care a acordat susținerea, nici nu a precizat resursele pe care le pune la dispoziție.

Consiliul nu poate valida nici aprecierea intervenientului că, pentru dovedirea cerinței de experiență similară, este suficientă prezentarea documentelor care atestă executarea lucrărilor similare, din moment ce, prin fișa de date a achiziției și prin angajamentul de susținere, terțul trebuia să arate modul de realizare a activităților și resursele pe care le pune la dispoziție.

Documentele depuse de ofertantul intervenient în dovedirea executării lucrărilor similare nu au calitatea de „resurse tehnice și/sau profesionale” ce pot fi puse la dispoziția operatorului economic susținut.

În fapt, prin susținerea sa, intervenientul aduce critici împotriva prevederilor documentației de atribuire, ceea ce reprezintă un demers tardiv, după deschiderea ofertelor.

Așadar, conform documentației de atribuire și dispozițiilor legale anterior menționate, terțul susținător avea obligația de a depune documente anexe la angajament, **din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia**, inclusiv de a preciza explicit resursele tehnice și/sau profesionale care sunt puse la dispoziția operatorului economic, respectiv modul de realizare a activităților din contract.

Potrivit prevederilor art. 182, mai sus citat, terțul susținător este o entitate care are capacitatea tehnică și profesională necesară într-un domeniu și se angajează față de autoritatea contractantă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.

Prin urmare, experiența similară poate fi acceptată **doar din partea unei terțe persoane ce va fi implicată efectiv în derularea contractului**.

În cauza C-324/14, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a dezlegat problema contribuției terțului în ofertare și a implicării lui în derularea contractului, apreciind că prevederile Directivei 2004/18 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, sub condiția să se dovedească autorității contractante că ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități, necesare pentru executarea contractului și că 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.

În considerentele acestei hotărâri, CJUE a reținut următoarele:

„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 jurisprudențe 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.

36. În aceste condiții, împrejurarea că, potrivit articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, un operator economic poate menționa capacitățile altor entități «după caz» nu poate fi interpretată, astfel cum pare să sugereze în special instanța de trimitere, în sensul că numai cu titlu excepțional un astfel de operator poate recurge la capacitățile unor entități terțe.

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*, C176/98, 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.

39. În al doilea rând, astfel cum Curtea a statuat deja, dispozițiile Directivei 2004/18 nu se opun ca exercitarea dreptului consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din această directivă să fie limitată în împrejurări excepționale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino*, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 36).

40. Astfel, nu se poate exclude ca anumite lucrări să prezinte particularități care necesită o anumită capacitate care nu poate fi obținută prin gruparea capacităților inferioare ale mai multor operatori. Într-o asemenea ipoteză, autoritatea contractantă ar putea impune astfel în mod întemeiat ca nivelul minim al capacității în cauză să fie

atins de un operator economic unic sau, dacă este cazul, prin recurgerea la un număr limitat de operatori economici, în temeiul articolului 44 alineatul (2) al doilea paragraf din Directiva 2004/18, întrucât această cerință ar avea legătură și ar fi proporțională cu obiectul contractului în cauză (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 35).

41. De asemenea, nu se poate exclude că, 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**".

Consiliul apreciază ca fiind relevantă în soluționarea cauzei Decizia civilă nr. 2948/22.11.2022, pronunțată în dosarul nr. 7828/2/2022 de Curtea de Apel București, în care sunt precizate următoarele:

„Din analiza acestor considerente [nota Consiliului, considerentele din cauza C-324/14], reiese că ofertantul trebuie să facă dovada că dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea contractului. De asemenea, în raport de natura și obiectivele contractului, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea contractului pot sau nu pot fi transmise ofertantului. În situația în care capacitățile de care dispune terțul nu pot fi transmise ofertantului, acesta nu se poate prevala de respectivele capacități, decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.

Curtea 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.

Curtea constată că angajamentul de susținere depus de XXX nu conține prevederi asupra modului concret prin care terțul va îndeplini propriul angajament.

Astfel, din însuși conținutul Formularului nr. 7 reiese obligația terțului susținător de a indica resursele necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, constând în resursele tehnice și/sau profesionale, care sunt puse la dispoziția operatorului economic.

Or, în cuprinsul angajamentului nu se precizează în mod explicit care sunt resursele tehnice și/sau profesionale care sunt puse la dispoziția operatorului economic."

În concluzie, întrucât în angajamentul de susținere nu se precizează resursele tehnice/profesionale ce vor fi puse la dispoziția ofertantului de către terț, nu au fost depuse, odată cu angajamentul de susținere,

documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, precum și faptul că intervenientul susține că sunt suficiente dovezile anexate angajamentului de susținere, Consiliul constată că modul de evaluare a ofertei câștigătoare s-a realizat cu încălcarea prevederilor documentației de atribuire, dar și a dispozițiilor art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, deoarece susținerea contestatorului nu poate fi luată în considerare pentru dovedirea experienței similare, Consiliu constată relevanța criticilor contestatoarei, impunându-se ca autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei depuse de ..., din perspectiva îndeplinirii cerințelor prevăzute de art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și de Formularul 6.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de .., în contradictoriu cu ../(RU)4714/ 28.11.2022 și actele subsecvente acestuia. De asemenea, Consiliul va obliga .. ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea ofertei depusă de .., cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de

Cererea de plată a cheltuielilor de judecată, formulată de intervenient, va fi respinsă, în temeiul dispozițiilor art. 453 alin. (1) din Codul de proc. Civ., contestația fiind admisă, contestatorul fiind partea care a câștigat.

În ceea ce privește contestația formulată de ..., ce face obiectul dosarului .../2022, Consiliul constată următoarele:

Analizând contestația formulată de .., Consiliul constată că ofertantul desemnat câștigător critică oferta poziționată pe locul II în clasamentul final, susținând că aceasta este neconformă și inacceptabilă.

Preliminar, analizării fondului cauzei, Consiliul procedează la analiza excepțiilor invocate de autoritatea contractantă privind lipsa de interes a ofertantului desemnat câștigător și tardivitatea depunerii contestației de către acesta în contestarea ofertantului clasat pe locul II.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că ..., în calitate de participant la procedura de atribuire, desemnat câștigător prin Raportul procedurii nr. 6357/14715/(RU)4714/28.11.2022, justifică un interes, în promovarea prezentei contestații, fiind îndeplinite întocmai condițiile stipulate de art. 33 C. proc. civ.: „*Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal născut și actual*”.

Deși, nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție cere o justificare, prin impunerea

condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Consiliul apreciază că pronunțarea de către CNSC a unei decizii de admitere a contestației depuse de ... amenință poziția de ofertant câștigător, născându-se astfel interesul de a-l contesta pe acesta, iar în cazul în care s-ar admite și contestația sa ar obține anularea procedurii ce i-ar da posibilitatea să participe la o nouă procedură.

În concluzie, într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți au un interes în obținerea unui anumit contract. Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către celălalt a contractului, direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a celor doi ofertanți și a inițierii unei noi proceduri de atribuire a contractului de achiziție publică, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină, în mod indirect, contractul.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, care formează obiectul dosarului ..., invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată următoarele:

La data de 06.12.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de ..., acesta luând la cunoștință de faptul că împotriva ofertei sale a fost depusă o contestație, fiindu-i periclitată poziția de ofertant câștigător, născându-se astfel interesul acestuia de a depune o contestație.

La data de 28.11.2022, când autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii, GLOBALSERV ELIN SRL nu avea niciun interes de a depune o contestație, poziția acestuia, de ofertant câștigător, nefiind în pericol.

Astfel, Consiliul constată că termenul stipulat de art. 8 din Legea nr. 101/2016, începe să curgă, pentru .. (ofertantul desemnat câștigător), de la prima oră a zilei următoare celei în care acesta a luat cunoștință de contestația formulată de ..., pretins neconformă și inacceptabilă, publicată în SEAP la data de 06.12.2022.

În acest context, Consiliul reține că toate criticile din contestația care formează obiectul dosarului nr. .../2022 se regăsesc și în cererea de intervenție depusă de ... (în dosarul nr. .../2022), calificată, în parte, de CNSC ca fiind cerere de intervenție principală.

Întrucât, această parte a cererii de intervenție este similară unui apel sau recurs incident și este dublată de o contestație, caucionată conform dispozițiilor art. 61 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și va proceda la analiza pe fond a contestației formulate de ...

Criticile formulate de contestatorul .. în cadrul dosarului CNSC nr. 3072/2022 vizează oferta contestatorului .., în sensul că acesta a depus o ofertă neconformă și inacceptabilă, motiv pentru care nu trebuia declarat admisibil și clasat pe locul II.

Consiliul consideră că decizia autorității contractante de a declara admisibilă oferta ... este corectă și legală, pentru următoarele considerente:

În fișa de date (IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice) se precizează că:

„Propunerea tehnică va conține:

1. Prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus) care va descrie: (...)

b) resurse (personal și instalații/echipamente);

c) resurse (personal de specialitate/executie, utilaje, instalații/echipamente) necesare în vederea executiei în perioada maxima de timp propusa; Organigrama de personal (...);

Pentru ca Autoritatea contractantă să aibă siguranța că ofertantul va avea access la personalul specializat necesar realizării activităților cuprinse în cadrul contractului, se solicită prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente, (...). Pentru categoriile de experți pentru care este impusă, prin legislația de specialitate din domeniul obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, prezentarea unei certificări specifice, fără de care aceștia nu au dreptul de a exercita activitatea în cauză, se va descrie momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care Contractantul i-a asigurat accesul la serviciile acestora (...). Resursele umane se vor dimensiona și corela, în conformitate cu durata de execuție a lucrărilor.

Pentru expertii propusi in etapa de derulare a contractului se vor respecta prevederile actelor normative in vigoare care impun existenta unor certificari specifice, pentru a duce la indeplinire activitatile ce fac obiectul respectivelor certificari.

c) programul de execuție (diagrama Gantt), la nivel de categorie de lucrări, care să ilustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor”.

Prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat:

„Informatii privind personalul minim de specialitate

Cerinte minime:

Asigurarea personalului de specialitate care este considerat strict necesar pentru indeplinirea contractului de lucrari:

Se vor enunța în cadrul ofertei cel puțin următorii experți-cheie:

- Manager de contract - se accepta prezentarea atât a certificatelor de absolvire a unor cursuri de perfecționare autorizate, cu indicarea Standardului Ocupațional Manager (COR 242101), cât și a diplomei de absolvire de studii de învățământ superior, care să-i dea dreptul, conform prevederilor Registrului Național al Calificărilor din Învățământul

Superior - RNCIS, să practice ocupația de manager de contract sau proiect.

- Responsabil RTE in domeniul rețele electrice, autorizat conform legislației în vigoare

- Responsabil lucrare electrician categoria III B autorizat ANRE: - conform ANRE 134/2021

- Specialisti in iluminat (COR 214237-Specialist in iluminat) - minim 1 persoană - Cf. Art 21. Ghid AFF 2020 - La terminarea lucrărilor se elaborează audit energetic și raport luminotehnic.

- Auditor energetic, se va depune atestatul auditorului;

- 8 electricieni - atestați ANRE minim gradul II B pentru execuție-montaj Cf. Autorizare ANRE - minim 2 electricieni/PRB cf. ordin ANRE NR. 134/2021. Numărul de electricieni este dat și de timpul redus de întrerupere a energiei electrice de către proprietarul rețelei de distribuție aferent montajului aparatelor de iluminat.

În propunerea tehnică va fi descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant își asigură accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective)".

Analizând propunerea tehnică a ofertantului ..., Consiliul constată că, în cap. „Resurse (personal de specialitate/execuție, ...) necesare în vederea execuției în perioada maximă de timp propusă: Organigrama de personal (...) care să fie structurată pe principalele categorii de lucrări (devize)", acesta a precizat când vor interveni experții, prin exprimări, cum ar fi:

„Va interveni în derularea contractului de la data semnării contractului și până la semnarea procesului verbal de recepție finală, la expirarea perioadei de garanție" sau „Va interveni în derularea contractului de la data începerii lucrărilor de execuție și până la terminarea acestora, pentru instruirea personalului la locul de muncă și periodic și pentru realizarea planurilor de sănătate și Securitate în muncă".

Ca urmare, critica autoarei contestației referitoare la faptul că ofertantul A... nu a descris momentul în care experții desemnați vor interveni în implementarea contractului nu este întemeiată.

Critica autoarei contestației, referitoare la faptul că ofertantul u a evidențiat, în graficul Gantt, lucrările executate de către asociatul SICAL SRL nu este întemeiată, deoarece prin documentația de atribuire nu s-a solicitat prezentarea explicită a lucrărilor realizate de fiecare asociat. Conform cap. IV.4.1. din fișa de date a achiziției, propunerea tehnică trebuie întocmită cu referire la modul de realizare a lucrărilor, de ofertant și nu cu alocarea lucrărilor pe fiecare asociat.

În graficul Gantt, prezentat la pag. 94-96 din propunerea tehnică, se menționează că lucrările vor fi executate de asocierea ...

Totodată, în acordul de asociere se precizează că asociatul SICAL SRL are o cotă de participare de 10%.

Critica autoarei contestației, referitoare la faptul că ofertantul nu a prezentat responsabilul tehnic cu execuția nu este întemeiată, deoarece cerința în discuție face trimitere la obligația executantului (prin urmare a ofertantului desemnat câștigător), nu a ofertantului (la pag. 6 din caietul de sarcini s-a precizat: „Executantul va numi responsabili tehnici atestați pe diferite specialități, conform legii”.

În ceea ce privește critica referitoare la lipsa însușirii, de către ofertantul criticat, a obligației de a inspecta, la fiecare 6 luni, echipamentele, Consiliul reține că în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut că „Garanția include defecte ale materialelor, manopera și funcționarea. În perioada de garanție, executantul va inspecta la fiecare șase luni și va controla toate echipamentele, preluând responsabilitatea costurilor ce apar, inclusiv înlocuirea elementelor defecte”.

Afirmația contestatorului că ofertantul . nu și-...a însușit această cerință nu este întemeiată, deoarece la pag. 5 din propunerea tehnică acesta a precizat că va efectua inspecția la fiecare șase luni.

Referitor la critica privind lipsa estimării efectelor tuturor riscurilor indicate în caietul de sarcini, Consiliul reține că în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut că „în pregătirea Ofertei, Ofertanții trebuie să aibă în vedere cel puțin ipotezele și riscurile descrise exemplificativ în continuare și să estimeze posibilele efecte ale acestora”.

Contestatorul consideră că ofertantul nu a prezentat, în cadrul ofertei sale, estimarea efectelor riscurilor indicate de către autoritatea contractantă.

În propunerea tehnică, la pag. 49, ofertantul a tratat problema riscurilor, deci critica autoarei contestației nu este întemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că ofertantul desemnat câștigător nu a prezentat în cadrul Planului calității structura organizatorică, Consiliul constată următoarele:

Prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat:

„Planul calității trebuie să includă cel puțin:

i. *Descrierea structurii organizaționale a Contractantului și identificarea funcțiilor și responsabilităților personalului implicat direct în executarea contractului; (...)*

iii. *Resursele disponibile pentru executarea contractului, respectiv forța de muncă, materiale și infrastructură;*”.

Analizând propunerea tehnică a ofertantului, Consiliul constată că acesta a prezentat în propunerea tehnică (pag. 61) organigrama, ce reprezintă structura organizațională a contractantului.

Totodată, din planul calității (pag. 30 din propunerea tehnică) rezultă că ofertantul a făcut precizări privind gestionarea tuturor resurselor (umane, materiale și infrastructură), deci critica nu este întemeiată.

Critica privind lipsa semnării propunerii financiare de ambii membrii ai asocierii nu este întemeiată, deoarece prin împuternicirea dată de asociatul ... se precizează că „împuternicitul va avea următoarele drepturi și obligații: 1. Să semneze toate actele și documentele care emană de la subscrisa în legătură cu participarea la prezenta procedură”.

Critica referitoare la fișa tehnică nr. 4 nu este întemeiată, deoarece, la pag. 131 din propunerea tehnică, se regăsește acest document în care sunt precizate domeniile de temperatură.

În aceste condiții, Consiliul constată că, în mod corect, membrii comisiei de evaluare au considerat ca fiind îndeplinite cerințele din caietul de sarcini, criticile privind aceste aspecte fiind neîntemeiate.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, Comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Din verificările efectuate de Consiliu rezultă că aceasta și-a îndeplinit obligațiile legale anterior menționate.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de (dosar nr. .../2022) în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de, va fi respinsă, în temeiul art. 453 alin. (1) Cod. Proc. civ. deoarece nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenții, contestația fiind respinsă.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă în ceea ce privește contestația formulată de (dosar nr. .../2022).

Admite contestația formulată de (**dosar nr. .../2022**), în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Anulează raportul procedurii nr. 6357/14715/(RU)4714/28.11.2022 și actele subsecvente acestuia.

Obligă ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea ofertei depusă de ..., cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Respinge cererea de intervenție formulată de ...(dosar nr. .../2022).

Respinge ca nefondată contestația formulată de ... (**dosar nr. .../2022**), în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei,

...