CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....

Prin contestaţia .. înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr...., având CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., în calitate de lider al Asocierii ...- ..., împotriva raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată on-line, a contractului de lucrări având ca obiect ***„...”***, s-a solicitat obligarea autorității contractante la anularea înscrisurilor susmenționate și la continuarea procedurii de atribuire în sensul de a atribui contractul de achiziţie conform cerinţelor din fișa de date operatorilor economici care au depus oferta conformă și admisibilă în condiţiile legii și cele cerute prin fișa de date.

Prin cererea de intervenție accesorie .., înregistrată la C.N.S.C. sub ..., formulată de ..., cu sediul în ... înregistrată la Registrul Comerţului sub nr...., având ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ... și ..., în cadrul procedurii de atribuire susmenționată, s-a solicitat:

1. Admiterea în principiu a cererii de intervenţie,
2. În principal, respingerea ca inadmisibilă a contestației formulată de ..., iar în subsidiar, ca netemeinică și lipsită de fundament legal;
3. Menţinerea ca fiind legale și temeinice a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluarii ofertelor, inclusiv a raportului procedurii,

4. Obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluţionarea prezentei cereri de intervenție.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică rezultatul procedurii de atribuire despre care a luat cunoștință din raportul procedurii și comunicarea aferentă, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire susmenționată, solicitând obligarea autorității contractante la anularea înscrisurilor susmenționate și la continuarea procedurii de atribuire în sensul de a atribui contractul de achiziţie conform cerinţelor din fișa de date operatorilor economici care au depus oferta conformă și admisibilă în condiţiile legii și cele cerute prin fișa de date.

În motivarea contestației, ...prezintă un scurt istoric al procedurii de atribuire, în care precizează că, în data de 25.10.2018, i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire nr.5396, potrivit căruia, în urma aplicării criteriului de atribuire, oferta sa a fost declarată admisibilă, dar clasată pe locul 2.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a luat, în mod nelegal, decizia de a califica oferta depusă de Asocierea ... - ... având în vedere următoarele motive:

Din analiza celor consemnate în Raportul procedurii de atribuire reiese că Asocierea ... - ..., având ca subcontractant și tert susținător pe ..., nu a îndeplinite condiţiile de calificare prevăzute în fișa de date și implicit de legislaţia în materie de achiziţii publice.

Contestatorul precizează că ...se află în procedura insolvenței, iar potrivit art.167 alin.1 lit.b coroborat cu art.183, alin.2 din Legea nr.98/2016, Asocierea ... - ... împreună cu terțul/subcontractantul ...trebuia exclus din procedura de atribuire.

Față de mențiunea din cuprinsul raportului procedurii de atribuire, potrivit căreia Asocierea ... - ... a înlocuit terțul susținător și subcontractantul conform art.170 și art.183 din legea nr.98/2016, contestatorul apreciază că autoritatea contractanta a încălcat prevederile art.2 din Legea nr.98/2016, în special principiul tratamentului egal și transparenței, maniera de evaluare a ofertei fiind una care îi creează acestuia un avantaj, în mod direct, și care încalcă cu desăvârșire atât legislaţia în materie de achiziţii publice, cât și propriile cerinţe și regulile stabilite în fișa de date.

Contestatorul susține că, în temeiul art.183 alin.2 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă trebuia să solicite ... clarificări, ori în situația de față nici măcar nu a verificat dacă terțul susținător se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art.164, art.165 și art.167 din Legea nr.98/2016, ci din contră a permis operatorului economic să își modifice componența ofertei și implicit a terțului susținător pentru a îndeplini condiţia privind experienţa similară prevăzută în fișa de date.

Astfel, contestatorul apreciază ca fiind inadmisibilă o asemenea practică de evaluare a ofertelor, fiind încălcat principiul tratamentului egal și al transparenței, schimbarea terțului sustinător fiind făcută din inițiativa ofertantului câștigător, cu încălcarea legislaţiei în materia achiziţiilor publice și cu permisiunea autorității contractante.

Față de cele menționate, contestatorul solicită anularea actelor nelegale emise de autoritatea contractantă și luarea măsurilor de remediere solicitate în petitul contestației.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016, Legea nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin cererea de intervenție accesorie nr.2354/08.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.46385/08.11.2018, ... a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenţie, în principal, respingerea ca inadmisibilă a contestației formulată de ..., iar, în subsidiar, ca netemeinică și lipsită de fundament legal, menţinerea ca fiind legale și temeinice a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluarii ofertelor, inclusiv a raportului procedurii, obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluţionarea prezentei cereri de intervenție, accesul la dosarul aflat pe rolul Consiliului.

În justificarea interesului legitim în formularea cererii de intervenție accesorie, ... precizează că are calitatea de ofertant câștigător, având dreptul la apărare și la un proces echitabil, prin posibilitatea formulării unor apărări corespunzătoare care dovedesc lipsa de temeinicie și fundament a criticilor contestatorului cu privire la legalitatea rezultatului procedurii de atribuire în ceea ce priveşte oferta prezentată de acesta.

Pe fondul cauzei, intervenientul susține, în principal, că ... nu a constituit cauțiunea potrivit prevederilor art.61^1 din Legea nr.101/2016, iar, în subsidiar, apreciază contestația ca fiind neîntemeiată și nefondată

În susținerea excepției inadmisibilității contestației, intervenientul invocă atât prevederile art.61^1 din Legea nr.101/2016, cât și practica Consiliului, și arată că ... nu a constituit, în vederea soluționării contestației, nicio cauţiune prealabilă înaintării şi înregistrării contestaţiei la Consiliu.

Pe fondul cauzei, criticile formulate de ... sunt, în opinia intervenientului, nefondate, interesul său fiind acela de a tergiversa semnarea contractului, în fapt, acesta neavând acces la oferta depusă de ... și nici la răspunsurile la solicitările de clarificări.

Faţă de alegaţiile contestatorului potrivit cărora ...se afla în procedura insolvenței, iar potrivit art.167 alin.1 lit.b coroborat cu art.183 alin.2 din Legea nr.98/2016, Asocierea ... - ... trebuia exclusă din procedura de atribuire, intervenientul precizează că ...a intrat în insolvenţă, potrivit Certificatului constatator nr.25774/27.09.2018, ulterior depunerii ofertei, respectiv la 10.08.2018, astfel că prevederile art.167 alin.1 lit.b din Legea nr.98/2016 nu erau incidente la data depunerii ofertelor.

Și afirmația contestatorului referitoare la neîndeplinirea de către ... a condițiilor de calificare impuse prin fișa de date, este, în opinia intervenientului, nesusținută de argumente, societatea sa depunând toate documentele justificative DUAE, evident și pe cele ale ...

Susținerea contestatorului privind încălcarea, de către autoritatea contractantă, a prevederilor art.2 din Legea nr.98/2016 este nefondată, nejustificată și fără suport real, având în vedere că Asocierea ... - ... a depus, după cum se arată, odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări nr.5040/02.10.2018, toate documentele DUAE actualizare ale subcontractantului şi terţului susținător, ..., documentele privind experienţa similară fiind depuse odată cu oferta, ca anexe la angajamentul de susţinere, şi anume:

- certificat constatator emis de Registrul Comerţului nr.25774/27.09.2018 (unde este precizată intrarea în insolventa);
- certificat de cazier judiciar pentru societate nr.17423622/21.08.2018
- certificat de cazier judiciar pentru administrator nr.17423378/21.08.2018
- certificat de atestare fiscală ANAF nr. 791668/02.10.2018(datorii în valoare de 4.684.716lei)
- certificat de atestare fiscală pentru taxe locale nr. 43431/03.10.2018(datorii în valoare de 94.391 lei).

Totodată, intervenientul arată că autoritatea contractantă a verificat şi constatat faptul că ...se încadrează în motivele de excludere prevăzute de lege, înlocuirea terţului susținător şi a subcontractantului fiind realizată cu respectarea întocmai a prevederilor art.170, alin.1 şi alin.2 şi art.183 alin.1 și alin.2 din Legea nr.98/2016.

În continuare, intervenientul face o scurtă prezentare a situației de fapt, concluzionând că ... și-a exercitat dreptul de a depune contestaţie fără a indica motive concrete pentru care pretinde că oferta concurentă nu ar fi admisibila şi că evaluarea realizată de autoritatea contractantă ar fi nelegală, motiv pentru care solicită constatarea ca inadmisibile a unor eventuale critici formulate în completarea contestației, ulterior studierii dosarului achiziţiei publice.

Motivat de cele susmenționate, intervenientul susține că toate actele emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor, inclusiv raportul procedurii de atribuire, au fost întocmite cu respectarea prevederilor legale, principiul tratamentului egal şi principiului transparenței.

În drept, se invocă dispozițiile art.17 alin.3, art.61^1 din Legea nr.101/2016, Legea nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.5527/02.11.2018, înregistrat la Consiliu cu nr.45523/02.11.2018, ... prezintă un istoric al procedurii de atribuire, iar în ceea ce privește oferta depusă de Asocierea ... - ... precizează următoarele:

În etapa de evaluare DUAE, conform procesului-verbal de evaluare DUAE nr.1, s-au analizat informațiile declarate în cadrul DUAE de către cei doi ofertanți înscriși la procedură, ocazie cu care s-a constatat că

Asocierea ... - ... a declarat ca terț susținător și subcontractant pe ..., fiind atașat angajamentul ferm privind susținerea tehnică și/sau profesională a asocierii.

Ulterior finalizării acestei etape, după cum se arată, s-a transmis asocierii solicitarea de clarificări nr.3459/14.06.2018, la care s-a răspuns prin adresa nr.207/15.06.2018, urmare cărora a fost întocmit procesul-verbal de evaluare DUAE nr.2, potrivit cu care au fost declarate admise ambele oferte, rezultat comunicat ofertanților la data de 19.06.2018.

Autoritatea contractantă arată că, în urma finalizării etapei de evaluare a propunerilor financiare, comisia de evaluare a transmis operatorilor economici comunicări cu privire la locul ocupat după aplicarea criteriului de atribuire.

La data de 01.10.2018, după cum se susține, asocierea a semnalat imposibilitatea transmiterii documentelor justificative DUAE în SEAP deoarece secțiunea este blocată și a solicitat acordul autorității contractante pentru înlocuirea terțului susținător ...ca urmare a aplicării art.170 și 183 din Legea nr.98/2016, de asemenea, s-a semnalat imposibilitatea răspunderii la solicitarea de clarificări transmisă pe site-ul www.e-licitație.ro împreună cu decalarea termenului de răspuns.

Autoritatea contractantă a răspuns, după cum susține, cu adresa nr.5039/02.10.2018, în care s-a precizat că solicitarea a fost reîncărcată în sistem, fără a se răspunde operatorului de a schimba terțul și subcontractantul, considerându-se că aceste solicitări nu fac obiectul clarificărilor solicitate.

... arată că a încărcat în SEAP o nouă adresă privind comunicarea ofertantului clasat pe locul I și solicitarea de a prezenta documentele de îndeplinire a DUAE, înregistrată sub nr.5040/02.10.2018, ulterior asocierea trimițând, prin e-mail, adresa nr.2186/02.10.2018, în care s-a semnalat:

-pe site-ul SEAP nu apare deschis câmpul pentru răspunderea la solicitarea de clarificări nr.4999/28.09.2018;

-solicitarea acordului pentru înlocuirea terțului și subcontractantului ca urmare a încadrării în art.170 și 183 din Legea nr.98/2016;

-solicitarea termenului de decalare a răspunsului la adresa nr.4999/28.09.2018.

Prin adresa nr.5046/02.10.2018, transmisă prin e-mail, autoritatea contractantă precizează că a comunicat:

-adresa nr.499/28.09.2018 a fost înlocuită cu o nouă solicitare, respectiv nr.5040/02.10.2018;

-aspectele referitoare la terțul susținător și subcontractant nu fac obiectul solicitării de depunere a documentelor pentru îndeplinirea DUAE.

Asocierea ... - ..., după cum se arată, a răspuns solicitării prin prezentarea documentelor de îndeplinire a DUAE, conform adresei nr.2210/05.10.2018, răspuns postat în SEAP și înregistrat la ... sub nr.5077/05.10.2018.

Conform răspunsului transmis, susține autoritatea contractantă, ... a preîntâmpinat solicitarea comisiei de evaluare și a procedat la schimbarea terțului susținător și subcontractantului, ..., deoarece acesta

se încadra în cel puţin unul din motivele de excludere, fiind prezentate documentele noului terț susținător și subcontractant, ...

Ca urmare a prezentării documentelor privind îndeplinirea DUAE de către Asocierea ... - ..., după cum se arată, comisia de evaluare a procedat la întocmirea Procesului verbal de evaluare a documentelor depuse în vederea susţinerii celor declarate în DUAE nr.1, înregistrat la Primaria Comunei Manoleasa nr.5249 din 17.10.2018.

Comisia de evaluare a procedat la evaluarea documentelor depuse pentru subcontractantul si terțul susținător ... si la evaluarea documentelor depuse de către Asocierea ... - ... cu privire la cele declarate la nivelul DUAE.

Ca urmare a evaluării DUAE-urilor, susține autoritatea contractantă, comisia de evaluare a solicitat prezentarea declaraţiilor privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art.164, art.165 și art.167 din Legea nr.98/2016 pentru toți operatorii economici participanţi la procedura, ofertantul transmițând declarațiile privind neîncadrarea în prevederile art.164, art.165 și art.167 din Legea nr.98/2016, pentru toți operatorii economici participanți la procedură, precum și DUAE revizuite.

... arată că, în urma evaluării documentelor care au stat la baza întocmirii DUAE si a răspunsurilor la solicitările de clarificări transmise, coroborat cu prevederile art.34 din H.G. nr.395/2016 și art.187, alin.3, lit.a din Legea nr.98/2016 și aplicând criteriul de atribuire, preţul cel mai scăzut, comisia de evaluare a decis atribuirea contractului Asocierii ... - ... și a transmis ofertanților comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire.

Referitor la aspectele semnalate de contestator cu privire la refuzul comisiei de evaluare privind studierea dosarului, autoritatea contractantă arată că Asocierea ... - ... a depus în cadrul ofertei declarația de confidențialitate a documentelor de calificare, propunerea tehnică, propunerea financiară și eventualele răspunsuri la solicitările de clarificări, fapt comunicat ... prin adresa nr.5468/29.10.2018.

Concluzionând, „... arată că își menține decizia de respingere a ofertei depusă de Asocierii ...- ..., în conformitate cu prevederile art.34 din H.G. nr.395/2016 și art.187 alin.3, lit.a din Legea nr.98/2016”.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr.433/13.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.46972/13.11.2018, ... a transmis concluzii scrise prin care a combătut cele arătate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, reiterând susținerile conform cărora aceasta nu a solicitat asocierii schimbarea terțului susținător, a încălcat principiul tratamentului egal și a creat elemente de natură subiectivă care au cântărit la decizia finală.

Cu privire la cererea de intervenție, contestatorul a arătat că este inadmisibilă, deoarece este introdusă de o persoană care nu își dovedește interesul, fiind declarată câștigător în mod nelegal, iar în privința cauțiunii a invocat Hotărârea de plen a C.N.S.C. din 05.06.2018.

Prin adresa nr.2367/14.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.47447/14.11.2018, ... a depus concluzii scrise, prin care a răspuns celor învederate de contestator prin concluziile scrise.

Cu adresa nr.446/16.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.47887/16.11.2018, ... a depus note scrise, prin care a răspuns celor arătate de intervenient prin concluziile scrise.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ... a depus concluzii scrise, înregistrate la C.N.S.C. sub nr.48789/22.11.2018, prin care a reiterat cele arătate prin contestație.

Consiliul, relativ la cererea de intervenţie voluntară accesorie în interesul autorității contractante, formulată de Asocierea al cărei lider este ..., ia act de faptul că aceasta urmăreşte menţinerea actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire.

În temeiul dispoziţiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit cărora *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula cerere de intervenţie 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 contestaţiei. (...)”,* Consiliul constată că cererea de intervenţie a fost depusă în termen.

Având în vedere dispoziţiile art.68 din Legea nr.101/2016, art.61 alin.3 și art.63 din Codul de procedură civilă, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de Asocierea al cărei lider este ..., interesul acestuia de a interveni în prezentul litigiu fiind unul evident, deoarece este ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare.

Susținerea contestatorului legată de inadmisibilitatea cererii de intervenție accesorie motivată de împrejurarea că asocierea al cărei lider este intervenientul nu ar fi fost stabilită câștigătoare în mod legal, nu va fi primită în soluționare de vreme ce calitatea de câștigătoare a asocierii nu a fost infirmată încă, o asemenea infirmare intervenind doar în urma analizei fondului cauzei, drept consecință a stabilirii nelegalității rezultatului procedurii.

Potrivit art.32 alin.1 din noul C. proc. civ., *„orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:*

a) *are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
b) *are calitate procesuală;*
c) *formulează o pretenție;*
d) ***justifică un interes**.”,*

ori aceste condiții sunt pe deplin îndeplinite, în momentul de față, de asocierea al cărei lider este intervenientul, care, așa cum s-a arătat, urmărește conservarea calității sale de ofertant câștigător, mijlocul legal de a interveni în litigiu și a încerca obținerea a ceea ce dorește fiind cererea de intervenție de față.

Este adevărat că o soluție de anulare a rezultatului procedurii va conduce la respingerea cererii de intervenție, însă cererea de intervenție nu va fi respinsă, ca inadmisibilă, ci, ca nefondată, indmisibilitatea putând interveni doar în cazul neîndeplinirii uneia dintre cerințele legale de admisibilitate a cererii, ceea ce nu este cazul în speța de față.

În temeiul art.26 alin.1 din Legea nr.101/2106, Consiliul se va pronunța asupra excepției inadmisibilității contestației, invocată de intervenientul ... din considerentul că ... nu a constituit cauțiunea în prealabil depunerii contestației, așa cum prevede art.61[1] din Legea nr.101/2016.

Examinând excepția, Consiliul o va respinge având în vedere că ... a depus la dosar dovada constituirii cauțiunii în cuantumul cerut de lege, constând în recipisa nr.205016094/1 din 01.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Iași.

Astfel fiind, contestatorul a respectat obligația legală la care face referire intervenientul, cauțiunea fiind constituită și prezentată înainte de soluționarea cauzei, scop în care a fost impusă de legiuitor.

Totodată, se reține că ... a procedat la constituirea cauțiunii chiar anterior emiterii adresei C.N.S.C. prin care i s-a solicitat prezentarea recipisei de consemnare a cauțiunii, respectiv recipisa a fost eliberată de emitent la data de 01.11.2018, iar C.N.S.C. a emis adresa de solicitare a acesteia la data de 02.11.2018.

Pe fond, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect ***„...”***, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat nr.427980/07.05.2018.

Valoarea estimată a contractului este de 19.857.485 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*”.

În cadrul procedurii au fost depuse două oferte, respectiv de asocierea al cărei lider este contestatorul, formată din ..., ..., precum și de Asocierea formată din ... și ..., oferte care au fost vizualizate, în SICAP, la data de 06.06.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.3368.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.5397/25.10.2018, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de Asocierea formată din ... și ..., cu o propunere financiară de 19.480.414,14 lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, ...a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... critică decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de Asocierea formată din ... și ..., susținând că este nelegală, din următoarele perspective:

- terțul susținător și subcontractantul asocierii, ..., se află în procedura insolvenței, astfel că asocierea trebuia exclusă din procedură conform art.167 alin.1 lit.b din Legea nr.98/2016;

- autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal și cel al transparenței, deoarece nu a solicitat schimbarea terțului susținător/subcontractantului, ci a permis înlocuirea făcută din proprie inițiativă de către asociere;

- schimbarea terțului susținător a fost făcută cu încălcarea legislației privind achizițiile publice.

În soluționare, Consiliul reține, față de susținerile părților și documentele aflate la dosarul cauzei, că Asocierea formată din ... și ..., ofertant în cadrul procedurii, a indicat în calitate de terț susținător al capacității tehnice și/sau profesionale pe operatorul economic ..., care a prezentat DUAE și angajament ferm, același operator economic fiind indicat și ca subcontractant de către membrul asocierii ..., procentul subcontractat fiind de 5% din valoarea totală a contractului, iar obiectul subcontractării - lucrări de construcții și instalații. Aceste informații se regăsesc în procesul-verbal nr.3406/11.06.2018.

Față de documentele întocmite în etapa de evaluare, se desprinde următoarea derulare cronologică a evenimentelor cu relevanță în cauză:

- prin procesul-verbal nr.3529/19.06.2018, încheiat ulterior finalizării etapei de evaluare a DUAE, comisia de evaluare a concluzionat că ambele oferte depuse sunt admise, rezultat comunicat cu adresele nr.3534 și 3535/19.06.2018;
- prin raportul preliminar III de evaluare a propunerilor tehnice, înregistrat sub nr.891/30.07.2018, încheiat ulterior finalizării etapei de evaluare a propunerilor tehnice, ambele oferte au fost declarate admise, rezultat despre care ofertanții au fost încunoștiințați prin adresele nr.4070 și 4071/30.07.2018;
- prin procesul-verbal nr.4990/28.09.2018, încheiat la finalizarea etapei de evaluare a propunerilor financiare, au fost declarate ca admise cele două oferte, oferta depusă de asocierea în discuție, urmarea aplicării criteriului de atribuire, fiind clasată pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit;

În același înscris s-a consemnat că se vor solicita ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative în dovedirea celor declarate în DUAE, ceea ce s-a și întâmplat prin comunicarea nr.4999/28.09.2018.

- prin adresa nr.2174/01.10.2018, ... a cerut autorității contractante să-i solicite înlocuirea terțului susținător informând despre starea de insolvență intervenită în cazul ...și prezentând documente doveditoare, respectiv certificatul constatator nr.25774/27.09.2018, emis de ORC Botoșani și extras de pe portalul Tribunalului Botoșani;
- prin adresa nr.2210/05.10.2018, asocierea a precizat numele noului terț susținător/subcontractant, ..., și a depus documentele aferente acestuia;
- prin procesul-verbal nr.5249/17.10.2018, autoritatea contractantă a procedat la analiza documentelor justificative prezentate în susținerea celor declarate în DUAE și a decis să solicite membrilor asocierii ... și ..., depunerea de DUAE revizuite în ceea ce privește noul terț susținător/subcontractant, decizia finală a comisiei de evaluare în sensul că asocierea a făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare fiind consemnată în procesul-verbal nr.5394/25.10.2018.
- prin raportul final nr.5397/25.10.2018, Asocierea formată din ... și ... a fost desemnată câștigătoare.

Procedând la stabilirea legalității operațiunii de schimbare a terțului susținător, de către asocierea clasată pe primul loc în clasamentul intermediar, contestată de ..., Consiliul reține, cu relevanță în cauză, prevederile art.183 din Legea nr.98/2016, care prezintă următorul conținut:

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

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

Așadar, terțul susținător poate fi schimbat, în mod legal, la solicitarea autorității contractante, o singură dată, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal, dacă respectivul terț susținător se încadrează în una dintre cele două ipoteze menționate, respectiv nu îndeplinește vreunul dintre criteriile privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art.164, 165 și 167 din Legea nr.98/2016.

De interes este și faptul că, din aceleași prevederi legale se desprinde ideea că schimbarea terțului susținător intervine la momentul la care autoritatea contractantă constată că situația acestuia se circumscrie uneia dintre ipotezele arătate.

La art.167 alin.1 din Legea nr.98/2016, se prevede că:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

b) ***se află în procedura insolvenței*** *sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității;”*

Consiliul reține că, în speța de față, starea de insolvență a terțului susținător ...a intervenit ulterior datei limită de depunere a ofertelor, în etapa de verificare a documentelor justificative depuse în susținerea DUAE, respectiv la data de 10.08.2018, după cum rezultă din certificatul constatator nr.25774/27.09.2018, emis de ORC Botoșani și extrasul de pe portalul Tribunalului Botoșani, în acest ultim document fiind precizat, la termenul de judecată din 10.08.2018, după cum urmează: *„Dispune deschiderea procedurii generale de insolvență a debitorului ...(...).”*

Astfel fiind, față de situația de fapt relevată și prevederile legale coroborate de mai sus, Consiliul apreciază că schimbarea terțului susținător, de către asocierea clasată pe primul loc, s-a realizat cu respectarea dispozițiilor din materia achizițiilor publice, context în care nu mai prezintă vreo relevanță îndeplinirea/neîndeplinirea criteriilor de calificare de către terțul susținător declarat inițial.

În ceea ce privește faptul încadrării situației terțului susținător inițial în dispozițiile art.167 alin.1 lit.b din Legea nr.98/2016, nu există niciun dubiu, acest aspect fiindu-i dovedit autorității contractante cu aceleași înscrisuri mai sus arătate.

Față de împrejurarea că schimbarea terțului susținător a intervenit la inițiativa asocierii și nu la solicitarea autorității contractante, Consiliul apreciază că nu este de natură a reprezenta o încălcarea a prevederilor legale susenunțate, dat fiind momentul la care ...a intrat în insolvență, dar și faptul că despre situația nou intervenită avea cunoștință doar asocierea, nu și autoritatea contractantă.

Din aceleași considerente, faptul de a fi permis/acceptat înlocuirea terțului susținător, făcută se asocierea în discuție, în loc să solicite comisia de evaluare aceasta, nu reprezintă o încălcare a principiilor tratamentului egal și transparenței, interesul urmărit de comisia de evaluare fiind acela al stabilirii câștigătoare a unei oferte care respectă cerințele documentației de atribuire și nu se regăsește în cazurile de excludere din procedură.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a acționat cu respectarea prevederilor din materia achizițiilor publice, nefiind prevăzută nicăieri vreo interdicție/sancțiune cu privire la conduita acesteia ulterioară încunoștiințării cu privire la situația ...

Nu poate fi primit în soluționare nici argumentul contestatorului conform căruia asocierea clasată pe primul loc ar fi fost avantajată, de vreme ce nu s-a dovedit încălcarea vreunei prevederi legale de către autoritatea contractantă, în speță nefiind vorba despre transformarea unei oferte din una inacceptabilă/neconformă în una admisibilă.

În ceea ce privește schimbarea ...din calitatea sa de subcontractant, Consiliul constată că nici în această situație autoritatea contractantă nu a încălcat vreo prevedere din materia achizițiilor publice, schimbarea subcontractanților fiind permisă de legislația în vigoare, respectiv art.170 alin.2 din Legea nr.98/2106, potrivit cu care:

„(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art.171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.”

De asemenea, se reține că schimbarea subcontractanților poate interveni chiar și în perioada de implementare a contractului, sens în care reglementează explicit art.151 din Legea nr.98/2016.

Având în vedere considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Față de soluția pronunțată, cererea de intervenție accesorie, depusă de ..., va fi admisă.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea cererii de intervenție accesorie, formulată de ... va fi respinsă, deoarece, pe de o parte, nu s-a depus vreo dovadă în sensul efectuării unor asemenea cheltuieli, iar, pe de altă parte, intervenientul accesoriu deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, totuși acesta nu

invocă o pretenție proprie în proces pentru a deveni „parte care câștigă procesul”, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, astfel că acesta nu poate obține obligarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, acest drept revenind doar părții în favoarea căreia s-a intervenit. În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr.1098/01.03.2012, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.4599/CA/2013 R/18.12.2013, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, decizia civilă nr.1464/21.03.2013, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, decizia nr.861/13.09.2016, pronunțată de Curtea de Apel Suceava.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de intervenientul ...

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ....

Admite cererea de intervenția accesorie, formulată de ...

Respinge cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea cererii de intervenție accesorie, formulată de ...

Obligatorie.

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

....