CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 16.04.2020, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 16.04.2020 ora 15:50, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15126 din data de 21.04.2020, și depusă la poștă în data de 16.04.2020, (număr AWB: VA09979824763), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15853 din data de 24.04.2020, astfel cum a fost precizată prin concluziile scrise fără număr de înregistrare din data de 04.05.2020, transmise prin poșta electronică (e-mail) în data de 04.05.2020 ora 20:19, înregistrate la Consiliu cu nr. 17042 din data de 05.05.2020, precum și prin suplimentul de concluzii scrise fără număr de înregistrare și fără dată, transmis prin poșta electronică (e-mail) în data de 08.05.2020 ora 11:12, înregistrat la Consiliu cu nr. 17778 din data de 08.05.2020, formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați ..., cu sediul profesional în șoseaua ..., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria B nr. 4894817 din data de 16.04.2020, depusă în original la dosarul cauzei, persoanele însărcinate cu primirea corespondenței fiind oricare din următoarele: ..., lider al asocierii ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție sectorială comunicat prin adresa nr. 5174 din data de 09.04.2020, precum și împotriva raportului procedurii de achiziție sectorială nr. 846 din data de 09.04.2020, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu

modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări, având ca obiect „Înființare canalizare pluvială în ...”, cod CPV principal 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), coduri CPV secundare 71322200-3 Servicii de proiectare a conductelor (Rev.2), 79933000-3 Servicii de asistență de proiectare (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) al Legii nr. 101/2016, anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 5174/09.04.2020, anularea raportului procedurii de atribuire nr. 846/09.04.2020 prin care oferta asocierii ... a fost respinsă ca inacceptabilă și oferta asocierii ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestor acte;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului;

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 16.04.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 15126 din data de 21.04.2020, astfel cum a fost modificată și completată prin concluziile scrise fără număr de înregistrare din data de 04.05.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 17042 din data de 05.05.2020, precum și prin suplimentul de concluzii scrise fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrat la Consiliu cu nr. 17778 din data de 08.05.2020, asocierea ..., în calitate de ofertantă la procedura de

licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către entitatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări, având ca obiect „Înființare canalizare pluvială în ...", inițiată în data de 09.07.2019 prin transmiterea spre publicare în sistemul electronic de achiziții publice (denumit în continuare „SEAP"), a unui anunț de participare, în baza art. 85 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă. Anunțul de participare având codul de identificare ... a fost publicat în SEAP în data de 16.07.2019.

Prin contestația depusă, ... critică decizia entității contractante comunicată prin adresa de comunicare nr. 5174/09.04.2020, atât prin prisma respingerii ofertei sale ca inacceptabilă cât și prin prisma declarării ca admisibilă a ofertei depuse de asocierea ....

Cu privire la oferta sa, contestatoarea arată că, raportat la împrejurarea că, atât în ceea ce privește experiența similară cât și cu privire la cifra de afaceri, a invocat susținerea unor terți, entitatea contractantă i-a solicitat clarificări constând în precizarea modalității în care fiecare dintre aceștia pot prelua capacitatea de executare a contractului, respectiv de a prezenta utilajele și resursele de care dispune în executarea acestui contract. Această solicitare de clarificări a făcut obiectul atât al unei contestații în fața Consiliului cât și al unei plângeri la Curtea de Apel ..., aceasta din urmă dispunând anularea în parte a solicitării de a prezenta documente din care să rezulte că terțul susținător ... poate prelua capacitatea de executare a contractului, respectiv de a prezenta utilajele și resursele umane de care dispune în executarea contractului.

Imediat după decizia instanței, entitatea contractantă a respins ca inadmisibilă oferta asocierii ..., motivat de faptul că terțul susținător ... nu deține resursa umană necesară ducerii la îndeplinire a contractului.

În opinia contestatoarei, această decizie este nelegală deoarece, potrivit prevederilor legale în materie, în cazul în care entitatea contractantă consideră că terțul susținător nu îndeplinește criteriile privind situația tehnică sau financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională, are obligația de a solicita înlocuirea acestuia. Cum nu a primit din partea entității contractante nicio solicitare de înlocuire a terțului susținător, contestatoarea solicită anularea deciziei de respingere ca inadmisibilă a ofertei sale.

În ceea ce privește declararea ca admisibilă a ofertei depuse de asocierea ..., contestatoarea consideră nelegală această decizie din următoarele motive:

- asocierea ... nu avea dreptul de a prezenta ulterior depunerii ofertelor, respectiv în urma solicitării de clarificări, etapele specifice activității de proiectare conform HG nr. 907/2016 - această cerință de calificare se raportează la cele depuse în cadrul propunerii tehnice, în cazul de față fiind incidente prevederile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016;

- în al doilea rând, cu privire la lucrările de execuție, cerința de la pct. IV.4.1 din fișa de date a achiziției, nu este îndeplinită, ofertantul neprezentând în mod conform și corect în propunerea tehnică procedurile de execuție pentru activitățile propuse de obiectiv,

- de asemenea, ofertantul nu a mai îndeplinit nici cerințele privind:

1. planul de aprovizionare a șantierului cu materiale materii prime necesare (constând în detalierea lanțului de aprovizionare de la furnizor la amplasamentul lucrării, de natură să asigure entitatea contractantă că în derularea contractului nu vor exista blocaje în desfășurarea lucrărilor).

2. graficul general de realizare a investiției publice Graficul GANTT care va cuprinde adecvarea la prezenta lucrare evidențiind detaliat și amănunțit: - durata, succesiunea activităților și inter-relaționarea acestora, - drumul critic clar identificat, - identificarea punctelor cheie de control (jaloanelor)"

3. "resursele alocate pentru realizarea activităților în cadrul Contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor cu indicarea necesarului de resurse (principalele materiale, resurse umane și utilaje/echipamente de construcție și mijloace de transport) și cu precizarea duratelor aferente (start-finish)."

- resursele alocate pentru realizarea activităților din cadrul Contractului nu sunt identificate de asocierea ..., prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor.

- indicarea necesarului de resurse umane și utilaje/echipamente de construcție este realizată prin prezentarea resurselor cumulate ale asociaților și nu prin identificarea lor din necesarul resurselor ce rezulta din graficul de execuție, așa cum s-a solicitat în FDA. Principalele materiale și mijloace de transport nu sunt prezentate de către ofertant, conform graficului de execuție. în plus, este neverosimil ca explicitarea graficului, cât și graficul în sine, să fie realizată pe parcursul a 2 pagini, această împrejurare arătând superficialitatea întocmirii ofertei asocierii Acvatot

4. anexarea unei diagrame a momentelor critice, care sa includă cerințele de mai sus si care sa reprezinte programul de

execuție al contractului de lucrări, însoțită de o analiză a drumului critic.

5. „*organizarea de șantier aplicată la lucrare cu luarea în considerare a constrângerilor impuse de locul execuției lucrărilor, inclusiv măsuri de împrejmuire semnalizare și iluminare a șantierelor temporare sau mobile, asigurându-se continuitatea circulației. Planul pentru organizarea de șantier va cuprinde măsuri de degajare a domeniului public grevat de organizarea de șantier de materiale și echipamente de lucru, în scopul readucerii acestuia la starea inițială și scenariul de lucru propus pentru asigurarea pazei perimetrului/amprizei șantierului, întocmit conform Legii nr. 333/2003, precum și modalitatea concretă de implementare a măsurilor propuse în acest scop pe toată perioada de derulare a contractului), precum și planul de proiecție și evitare a accidentelor în zona șantierului față de utilizatorii drumului public*.”

- organizarea de șantier aplicată la lucrare nu ia în considerare constrângerile impuse de locul execuției lucrărilor.

- Planul pentru organizarea de șantier nu abordează conform măsurile de degajare a domeniului public grevat de materiale și echipamente de lucru, în scopul readucerii acestuia la starea inițiala.

- nu se regăsește scenariul de lucru propus pentru asigurarea pazei perimetrului/amprizei șantierului, întocmit conform Legii nr.333/2003, precum și modalitatea concretă de implementare a măsurilor propuse, în acest scop, pe toată perioada de derulare a contractului).

6. "*se va prezenta declarație privind perioada de garanție acordată, care nu va putea cobori sub minimul impus prevederile Legii 10/1995 cu modificările ulterioare, însoțită prezentarea unui plan detaliat privind masurile de intervenție in perioada de garanție, modalitatea de intervenție la defectele in garanție, cerințe de mentenanță. Se vor detalia în mod obligatoriu capacitatea de intervenție la defecte, timpul de remediere a defectelor in perioada de garanție, resurse materiale, umane etc."*

În ceea ce privește graficul de execuție al asocierii ..., contestatoarea arată că este lipsită de temei punctarea acestuia cu punctajul maxim (15 puncte), în unanimitate, de la membrii comisiei de evaluare. De altfel toate fișele individuale de punctaj întocmite de membrii comisiei de evaluare sunt identice.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 15751/24.04.2020, entitatea contractantă a solicitat respingerea ca neîntemeiate a criticilor ... privind respingerea ca inacceptabilă a ofertei acesteia și ca lipsite de interes a criticilor privind declararea ca admisibilă a ofertei depuse de asocierea .... În susținere, precizează următoarele:

- asocierea ... a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire invocând susținerea a 2 (doi) terți susținători, respectiv: Maxagro Farm S.R.L. (pentru îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri) și ... (pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională - experiență similară).

- Pentru ..., a depus angajamentul privind susținerea tehnică și profesională încheiat între ... și asocierea ... în care se precizează: *„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 sectorială ce urmează a fi încheiat între ofertant și entitatea 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 Asocierii ... resursele tehnice și/sau profesionale de experiență similară necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție sectorială.

Noi, ... declarăm că înțelegem să răspundem, în mod necondiționat, față de entitatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de Asocierea ... în baza contractului de achiziție sectorială, și pentru care Asocierea ... a primit susținerea tehnică și profesională conform prezentului angajament, renunțând în acest sens, definitiv și irevocabil, la invocarea beneficiului de diviziune sau discuțiune.

Noi, ... declarăm că înțelegem să renunțăm definitiv și irevocabil la dreptul de a invoca orice excepție de neexecutare, atât față de entitatea contractantă, cât și față de Asocierea ... 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, ..., declarăm că înțelegem să răspundem pentru prejudiciile cauzate entității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament.

Prezentul reprezintă angajamentul nostru ferm, care dă dreptul entității contractante de a solicita, în mod legitim, îndeplinirea de către noi a anumitor obligații care decurg din susținerea acordată Asocierea ...”

- având în vedere că prin intermediul documentelor transmise, operatorul economic participant cu ofertă nu a răspuns relevant în ceea privește capacitatea terțului susținător de a prelua obligațiile, a fost solicitată o nouă clarificare ce a vizat prezentarea de către terții

susținători de documente din care să rezulte că aceștia pot „prelua capacitatea de executare a contractului, respectiv de a prezenta resursele de care dispune în executarea acestui contract”.

- nemulțumită de această solicitare de clarificări precum și de decizia Consiliului ce a vizat această solicitare, contestatoarea a formulat plângere la Curtea de Apel ..., instanța pronunțând decizia nr. 25/2020, plângerea fiind admisă în parte, fiind anulată parțial solicitarea de clarificări cu privire la pct. 1, restul criticilor respinse prin decizia Consiliului rămânând definitive și intrând în sfera autorității de lucru judecat.

- în ceea ce privește punctul 1 din adresa nr. 19627/16.10.2019, prin raportare la considerentele doctrinare, jurisprudențiale și legale privind instituția terțului susținător, decizie care nu poate fi pusă în discuție la acest moment, fiind vorba de o hotărâre definitivă, instanța de judecată a decis definitiv, respingerea plângerii contestatorului în ceea ce privește punctul 2 din solicitarea nr. 19627/16.10.2019, decizia CNSC contestată fiind menținută în integralitate față de această critică.

- astfel, punctul 2 din solicitarea de clarificări privind susținerea tehnică și profesională acordată de ..., cât și solicitarea ca operatorul economic contestator să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b), au dobândit autoritate de lucru judecat prin menținerea cu caracter definitiv de către Curtea de Apel a deciziei Consiliului. Față de acest aspect, Consiliul nu se poate pronunța legal la acest moment, în ceea ce privește punctul 2 din solicitarea nr. 19627/16.10.2019, în toate aspectele sale, inclusiv asupra solicitării de înlocuire a terților susținători, în temeiul prevederilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, deoarece asupra acestui aspect a fost statuat definit prin menținerea propriei decizii de către Curtea de Apel investită cu soluționarea plângerii împotriva acesteia;

- prin urmare, operatorul economic contestator a devenit debitorul obligației de a răspunde concludent punctului 2 din solicitarea de clarificări nr. 19627/16.10.2019;

- solicitarea adresată în ceea ce privește punctul menținut și evaluarea asupra conformității/neconformității răspunsului a fost raportată la impunerile dispuse prin conținutul documentelor achiziției, oferta contestatorului, adresele de clarificări, cât și la considerentele legale și doctrinare privind instituția terțului susținător;

- în situația susținerii ofertanților de către un terț/terți, aceștia trebuiau să specifice prin raportare la angajamentul de susținere modalitatea concretă de preluare a contractului de către terțul susținător, ofertantul având obligația a demonstra că va dispune

efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, relevante fiind dispozițiile art. 55 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016;

- documentația de atribuire trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințe, reguli și prescripții care să permită ca derularea procedurii și executarea contractului să fie descrisă în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților entității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici. Documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele;

- necesitatea sau oportunitatea achiziționării unei lucrări care să îndeplinească anumite caracteristici tehnice și criterii de calificare, sunt stabilite de fiecare entitate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia. Rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că entitatea contractantă dorește încheierea unui contract în derularea căruia să nu întâmpine dificultăți, motiv pentru care a impus ca ofertantul să specifice corelativ angajamentului ferm modalitatea de a dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea/capacitatea acestora de prelua contractul în situația în care nu-si poate îndeplini obligațiile contractuale, toate acestea fiind în deplină concordanță cu prevederile art. 196, 197 din Legea nr. 99/2016 și art. 55 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016;

- riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe exprese aparține entității contractante. Din analiza ofertei operatorului economic contestatar, se reține că acesta, deși a depus Angajamentul ferm pentru terți susținători, precum și documente în îndeplinirea cerințelor, a omis să depună documente care dovedesc susținerea, motiv pentru care entitatea contractantă a procedat la solicitarea de clarificări prin adresa nr. 17866/26.09.2019;

- contestatoarea a formulat inițial răspunsul nr. 650/01.10.2019, care a fost evaluat ca fiind nesatisfăcător, motiv pentru care entitatea a revenit cu o nouă solicitare, 19627/16.10.2019, răspunsul neconcludent asupra punctului 2 din cadrul acestei solicitări, constituind temeiul respingerii ofertei înaintate de contestatoare;

- dispozițiile legale în materie trebuie interpretate în sensul că, având în vedere obiectul unui contract determinat, precum și finalitățile acestuia, entitatea contractantă poate, în împrejurări

speciale, în vederea executării corecte a contractului respectiv, să indice în mod expres, în anunțul de participare sau documentele achiziției, reguli precise în conformitate cu care un operator economic poate menționa capacitățile altor entități, cu condiția ca aceste reguli să fie legate de obiectul și de finalitățile acelui contract și proporționale cu acestea.

- pentru a demonstra că operatorul economic poate dispune de resursele terțului susținător, necesare pentru realizarea contractului, operatorul economic trebuia să depună documente din care să rezulte din partea terțului intenția clară de colaborare cu operatorul economic și că va putea să își mobilizeze resursele/utilajele/personalul astfel încât să intervină eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesită acest lucru;

- entitatea contractantă poate solicita terțului susținător, oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente suplimentare care să susțină demonstrarea îndeplinirii celor asumate prin angajamentul ferm, în situația în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau posibilitatea de punere în practică a celor cuprinse în respectivul angajament;

- prin participarea la procedură cu ofertă în asociere, ofertă în cadrul căreia uzează pentru îndeplinirea cerințelor solicitate prin documentele achiziției de dreptul de a utiliza capacitățile altor entități, terț/terți susținători, corelativ acestui drept potrivit dispozițiilor legale și documentației de atribuire în sarcina ofertantului se naște obligația de a demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului prezentând documente transmise acestuia de către terț/terții susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător(i) va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;

- aceste considerente, au reprezentat, atât temeiul solicitării de clarificări adresate, cât și premisele evaluării de către comisia de evaluare asupra concludenței răspunsului înaintat, urmare a clarificării adresate operatorului economic contestatoare;

- în cadrul răspunsului la pct. 2 din solicitarea de clarificări nr. 19627/16.10.2019, a fost prezentată Anexa 3, conținând: Extras Revisal ..., contract nr. 2/01.05.1997, cu funcția de Director General; Extras Revisal ..., contract nr. 3/01.05.1997, cu funcția de Director Economic; Extras Revisal ..., contract nr. 14/29.08.2000, cu funcția de Gestionar Depozit; Extras Revisal ..., contract nr. 1320/10.05.2019, cu funcția de Inginer construcții civile, industriale și agricole; Extras Revisal ..., contract nr. 533/17.09.2007-1313/13.11.2017, cu funcția de Tehnician Constructor, și Anexa 4, reprezentând declarație din data de 18.10.2019 emisă de către Zub Valerian - administrator în cadrul Trustului de Lucrari Speciale și

Izolatii Tehnologice SA, prin care susține că dacă asocierea ... va întâmpina dificultăți în executarea lucrărilor, îi va acorda susținerea declarată referitoare la utilaje și resurse umane suplimentare;

- răspunsul a fost evaluat de către comisia de evaluare legal constituită la nivelul entității contractante ca fiind un răspuns neconcludent, iar asupra deciziei entitatea contractantă a primit din partea ANAP avizul conform necondiționat nr. 6720/175/CN 1012939/09.04.2020;

- din rapoartele per salariat depuse pentru terțul susținător ..., drept resursă umană alocată pentru ducerea la îndeplinire a contractului, rezultă un număr de 5 persoane încadrați în următoarele funcții: Director General, Director Economic, Gestionar Depozit, Inginer Construcții Civile, Industriale și Agricole, Tehnician Constructor;

- comisia de evaluare a constatat că pentru terțul susținător ..., operatorul economic contestator, în locul manifestării unei atitudini similare unui operator prudent și diligent, contestă considerentele solicitării de clarificări, și nu dovedește prin resursa umană anexată, 5 (cinci) persoane aparținând structurii de conducere, modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, considerente față de care angajamentul de susținere apare ca un act pur formal;

- comisia de evaluare a solicitat ofertantului în mod recurent, prin două adrese de clarificări, prezentarea documentelor anexate angajamentului de susținere, din care să rezulte modul efectiv prin care terții susținători vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;

- pentru etapa de evaluare a ofertei tehnice, entitatea contractantă a primit avizul conform necondiționat nr. 6720/1204/CN 1012939/11.12.2019. Având în vedere faptul că oferta contestatorului nu îndeplinește criteriile de admisibilitate, contestatarul nu dovedește că are un interes legitim în promovarea criticilor împotriva ofertei câștigătoare, întrucât, în condițiile în care se va reține că decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatorului este temeinică și legală, contestatorul nu-și mai poate procura vreun avantaj constând din adjudecarea contractului;

- pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante;

- deși, nici Legea nr. 101/2016 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, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii vexatorii, lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual. Aplicând aceste considerente doctrinare la situația de fapt, se poate constata că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, în ceea ce privește criticile aduse ofertei câștigătoare;

- interesul eventual, nu poate fi primit în acest caz întrucât măsura anulării procedurii este viitoare și incertă în timp ce, potrivit dispozițiilor legale sus interesul promovării prezentei contestații trebuie să fie născut și actua.

Prin concluziile scrise din data de 04.05.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 17042/05.05.2020, ..., reia, în mare parte, susținerile din cadrul contestației, precizând că, în mod nelegal, oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă iar cea depusă de asocierea ... ca fiind admisibilă. În esență, precizează că:

- problema îndeplinirii criteriilor de calificare a fost tranșată prin decizia nr. 25/13.01.2014 a Curții de Apel ..., obiectul prezentei contestații fiind unul diferit, și anume faptul că, ulterior momentului în care a evaluat capacitatea terțului susținător ..., entitatea contractantă nu a emis solicitarea legală de înlocuire a lui;

- astfel, toate referirile la modul în care terțul susținător n-ar îndeplini un criteriu de calificare sunt irelevante;

- solicitarea formală de înlocuire a terțului care nu îndeplinește criteriul relevant, ulterior evaluării acestuia nu reprezintă o clarificare la nesfârșit a unei oferte imprecise, contrar susținerii autorității contractante, ci o respectare a etapelor imperative ale procedurii de atribuire, în sensul art. 197 alin. (2) Legea nr. 99/2016;

- susținerile entității contractante referitoare la faptul că nu este justificat un interes legitim în contestarea admisibilității ofertantului declarat câștigător sunt contrazise de practica obligatorie a Curții de Justiție a Uniunii Europene în interpretarea Directivei de remedii (în acest sens, este invocată jurisprudența acesteia); pe fond, reia motivele pentru care consideră că oferta depusă de asocierea ... prezintă deficiențe considerabile și nu îndeplinește mai multe criterii de calificare, existând probe numeroase în ceea ce privește admisibilitatea acesteia.

Răspunzând concluziilor scrise ale contestatoarei, entitatea contractantă a transmis adresa nr. 5941/07.05.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 17619/07.05.2020, prin care arată că, autoarea contestației susține în mod nefondat faptul că nu au fost respectate dispozițiile art. 197 alin. (2), inducând ideea falsă conform căreia,

ulterior deciziei Consiliului nr. ... și Hotărârii Curții nr. 25/13.01.2020 este un moment zero, entitatea contractantă având obligația să facă abstracție de toate documentele emise anterior în procesul de evaluare.

Prin efectele deciziei Curții nr. 25/13.01.2020 a fost anulată parțial solicitarea de clarificări nr. 19627/16.10.2019, cu privire la pct. 1, astfel încât criticile privind solicitările de clarificări privind susținerea tehnică și profesională a ... cât și solicitarea ca autoarea contestației să înlocuiască terțul susținător, fără atingerea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b), au dobândit caracter de autoritate de lucru judecat.

În opinia entității contractante, Consiliul nu o poate obliga la emiterea unei noi cereri de înlocuire a terțului pentru această solicitare a rămas definitivă prin efectele deciziei Consiliului și a Hotărârii Curții, iar o nouă solicitare de clarificări contravine normei de la art. 197, privind dreptul operatorului economic de a beneficia o singură dată de înlocuirea terțului.

Contestatoarea a revenit transmițând Consiliului Notele scrise din data de 08.05.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 17778/08.05.2020, prin care reia afirmațiile conform cărora art. 197 impune obligația de a oferi operatorului economic posibilitatea de a înlocui terțul susținător după afirmarea deciziei entității contractante de a considera că terțul inițial ales nu îndeplinește criteriul relevant. În opinia sa, doar după evaluarea nefavorabilă a admisibilității terțului susținător, ofertantul deține vocația garantată de lege de a îl înlocui pe acesta.

Mai arată contestatoarea că este greșită afirmația entității contractante legată de autoritatea de lucru judecat a deciziei Curții nr. 25/13.01.2020, deoarece decizia Consiliului nr. 1982/2019 a analizat legalitatea unei solicitări de clarificări cu privire la terțul susținător, la acest moment instanța neputându-se pronunța asupra unei obligativități unei solicitări în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, deoarece nu fusese încă stabilită neîndeplinirea criteriilor relevante de vreun terț susținător.

În privința viciilor grave ale ofertantului declarat câștigător, entitatea contractantă consideră că autoarea contestației ignoră dezlegarea obligatorie dată de CJUE în cauza Archus (C-131/16).

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Licitația deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ... în data de 09.07.2019, în calitate de entitate

contractantă, în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări, având ca obiect „Înființare canalizare pluvială în ...”, prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 85 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 22.08.2019 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare având codul de identificare ... publicat în SEAP în data de 16.07.2019, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului fiind de 46.585.473,00 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206228306/1 emisă de CEC Bank în data de 21.04.2020, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 880.000,00 lei.

Prin decizia nr. ..., Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a soluționat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 42150 din data de 21.10.2019, depusă de ... împotriva solicitării de clarificări nr. 19627 din data de 16.10.2019, emisă de către ..., cu sediul (preluat din SEAP) în *..., ...*, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări, având ca obiect „Înființare canalizare pluvială în ...”. Prin această decizie, Consiliul a respins, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Împotriva deciziei Consiliului nr. 1982/C11/2226 din data de 06.11.2019, ... a formulat plângere în contradictoriu cu intimata ..., în temeiul prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016, la Curtea de Apel .... Această plângere a fost admisă, prin hotărârea definitivă nr. 25/2020 a Curții de Apel ... – Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, pronunțată în ședința publică din data de 13.01.2020, în dosarul nr. .... Prin această hotărâre, instanța:

1. a admis plângerea formulată de petenta ... împotriva deciziei nr. 1982/C11/2226 din data de 06.11.2019 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în contradictoriu cu intimata ...,

2. a modificat în parte decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în sensul că:

- a admis în parte contestația formulată de contestatoarea ... în contradictoriu cu intimata ...,

- a anulat parțial solicitarea de clarificări nr. 19627/16.10.2019 emisă de entitatea contractantă ... cu privire la pct. 1 prin care se solicită asocierii ... să prezinte documente din care să rezulte că terțul ... poate prelua capacitatea de executare a contractului, respectiv de a prezenta utilajele și resursele umane de care dispune în executarea acestui contract,

- a menținut în rest decizia CNSC contestată.

În calitatea sa de participantă la procedura de achiziție sectorială în cauză, asocierea ... a primit din partea entității contractante adresa nr. 5174 din data de 09.04.2020 prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție sectorială. În adresă se precizează că oferta asocierii ... este inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 140 alin. (4) coroborat cu art. 143 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare Norme metodologice, motivat de faptul că răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2 – prin care se solicită pentru experiența similară documente din care să rezulte că terțul ... poate prelua capacitatea de executare a contractului, respectiv de a prezenta resursele umane de care dispune în executarea acestui contract – este neconcludent.

Împotriva acestei decizii a entității contractante, ..., a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând să dispună:

- în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) al Legii nr. 101/2016, anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 5174/09.04.2020, anularea raportului procedurii de atribuire nr. 846/09.04.2020 prin care oferta asocierii ... a fost respinsă ca inacceptabilă și oferta asocierii ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestor acte;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului.

Consiliul reține că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale:

- art. 197 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare:

„(1) Entitatea 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, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea 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).”

Astfel prevederile de mai sus impun obligația imperativă a entității contractante de a solicita o singură dată asocierii ... înlocuirea terțului susținător ... (...) după și numai după ce aceasta a ajuns la concluzia că acest terț susținător nu îndeplinește criteriile relevante sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere.

Consiliul reține că mențiunea din solicitarea de clarificări nr. 19627/16.10.2019 potrivit căreia entitatea contractantă a arătat că *„pentru cazul în care nu se pot prezenta documentele solicitate mai sus, vă solicităm înlocuirea terțului susținător conform art. 197 din Legea nr. 99/2016”* nu este în măsură să îndeplinească obligația de a solicita înlocuirea terțului susținător deoarece această solicitare trebuie făcută numai după prezentarea documentelor solicitate și obligatoriu după stabilirea neîndeplinirii criteriilor relevante de către terțul susținător.

Rămânerea în pasivitate a entității contractante prin faptul de a nu cere înlocuirea terțului susținător ... după ce în prealabil a stabilit că acesta este inadmisibil, reprezintă un abuz al entității contractante de natură a încălca dreptul asocierii contestatoare de a înlocui terțul susținător inițial cu un alt terț susținător.

În soluționare, Consiliul a avut în vedere și practica judiciară, relevante fiind considerentele deciziei nr. ..., pronunțată de Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, prin care s-a specificat la fila 47 după cum urmează:

„Faptul că autoritatea contractantă nu a verificat sau nu a constatat, anterior punerii în aplicare a deciziei Curții de Apel Brașov nr. 1084/R/2019, situația terțului susținător ... nu are relevanță, prevederile legale impunând autorității contractante să solicite, o singură dată, înlocuirea terțului susținător.

[…]

Prevederea legală este deosebit de clară în sensul în care solicitarea de înlocuire, o singură dată, a terțului susținător este obligatorie și nu aduce atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).”

În concluzie, Consiliul reține că entitatea contractantă este obligată să solicite înlocuirea terțului susținător o singură dată numai după ce stabilește că terțul susținător nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare.

În legătură cu criticile asocierii contestatoare privind oferta depusă de asocierea ..., critici ce nu conțin elemente concrete din care să reiasă că există riscul executării lucrărilor în condiții de calitate inferioare celor impuse prin caietul de sarcini, ci se referă la aspecte formale, oferta declarată câștigătoare fiind completă la încheierea evaluării, Consiliul le va respinge ca nefondate, deoarece în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către ofertantă sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceasta în cadrul ofertei, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, completarea ulterioară a ofertei fiind nu numai posibilă ci și legală.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ..., și să anuleze raportul procedurii de atribuire nr. 846 din data de 09.04.2020, în partea dedicată ofertei depuse de asocierea ... și actele subsecvente ale raportului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze oferta depusă de asocierea ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondat capătul de cerere din contestația depusă de ... vizând anularea raportul procedurii de atribuire în partea dedicată ofertei depuse de asocierea ....

În baza prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte cererea contestatoarei de acordare a cheltuielilor de judecată și va obliga entitatea contractantă ... la plata către ... a sumei de 4.310

lei, cu titlu de cheltuieli efectuate pentru soluționarea contestației, respectiv onorariu avocat.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite în parte contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ....

Anulează raportul procedurii de atribuire nr. 846 din data de 09.04.2020, în partea dedicată ofertei depuse de asocierea ... și actele subsecvente ale raportului procedurii.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze oferta depusă de asocierea ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondat capătul de cerere din contestația depusă de ... vizând anularea raportul procedurii de atribuire în partea dedicată ofertei depuse de asocierea ....

Admite în parte cererea contestatoarei de acordare a cheltuielilor de judecată.

Obligă entitatea contractantă ... la plata către ... a sumei de 4.310 lei, cu titlu de cheltuieli efectuate pentru soluționarea contestației, respectiv onorariu avocat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 18 (optsprezece) pagini.