

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 246 / C7 / 6

Data: 01.02.2023

Prin contestația datată 30.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11/03.01.2023, formulată de către (...) (...) SRL, cu sediul în, București, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva raportului procedurii nr. 33107/16.12.2022, emis de către (...) SA, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorială „CS 1- Asistență tehnică pentru managementul proiectului și supervizarea execuției lucrărilor din cadrul Proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată în județele Sibiu și Brașov, în perioada 2014 - 2020”, cod CPV principal 71356200-0 Servicii de asistență tehnică (Rev.2), s-a solicitat anularea raportul procedurii și a comunicării rezultatului procedurii nr. 33338/20.12.2022, obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la momentul anterior emiterii actelor atacate și la reevaluarea tuturor ofertelor depuse, precum și la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Cu nr. 9/16.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 2678/17.01.2023, asocieria formată din (...) (...), Proiect (...) SRL și (...) (...), denumită în continuare (...), cu sediul în str. s - administrator, a formulat cerere de intervenție în interesul entității contractante, prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

**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, să soluționeze contestația de față, prin care (...) (...) SRL critică rezultatul procedurii de atribuire

menționată anterior, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, precum și modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de asocieră (...) și (...).

În motivarea demersului său, contestatorul indică obiectivul general și obiectivele specifice ale contractului care urmează a fi încheiat, precum și criteriile de calificare și factorii de evaluare a ofertelor. Raportat la amploarea obiectelor contractului, (...) (...) SRL a apelat la serviciile, din Danemarca, care urmau să îl sprijine în realizarea contractului (în proporție de aproximativ 6%) și, pe de altă parte, în vederea îndeplinirii condițiilor privind capacitatea tehnică și financiară. În considerarea dublei calități pe care cei doi parteneri urmau să o aibă, de subcontractanți și de terți susținători, (...) (...) SRL a încheiat cu aceștia acordurile de subcontractare nr. 380 și 381/02.05.2022, după cum urmează:

(i) (...) - terț susținător privind capacitatea tehnică și profesională și subcontractant pentru prestarea activității de modelare hidraulică și input în Master Plan (capitol „Modelare hidraulică”), reprezentând 4,09% din totalul activităților aferente contractului;

(ii) (...) - terț susținător privind capacitatea tehnică și profesională și capacitatea economică și financiară și subcontractant pentru prestarea activității de modelare hidraulică și input în Master Plan (capitol „Modelare hidraulică”), reprezentând 1,95% din totalul activităților aferente contractului.

Aceste două acorduri de subcontractare au fost încheiate prin preluarea clauzelor modelului acordului de subcontractare pus la dispoziție de entitatea contractantă (formularul nr. 8), cu mențiunea că ofertantul a inserat, suplimentar formularului, prevederile specifice calității de terț susținător a celor două societăți. Distinct, (...) (...) SRL a semnat și depus formularul nr. 16, prin care s-a angajat, în esență, să încheie acordul contractual (alături de subcontractanți și terți susținători), în forma propusă de entitate, care cuprinde, la rândul său, obligații specifice pentru subcontractanți și terți susținători, în conformitate cu prevederile legale aplicabile.

Prin adresa nr. 25068/04.10.2022, entitatea contractantă i-a solicitat detalierea art. 7 din acordurile de subcontractare, apreciind că, din documentele depuse, nu reiese în concret capacitatea (...) și (...) de a îndeplini în integralitate contractul de achiziție sectorială. Entitatea a solicitat includerea unor angajamente modificate.

Prin adresa nr. 831/10.10.2022, ofertantul a comunicat explicațiile suplimentare cerute, atașând documentele care să ateste veridicitatea lor și precizând că (...) și (...) și-au asumat, în dubla lor calitate, responsabilități cu privire la susținerea financiară și tehnică a proiectului și că, potrivit prevederilor legale aplicabile, semnarea acordurilor de subcontractare reprezintă angajamentul ferm al acestora la susținerea proiectului, inclusiv în calitate de terți susținători.

Ulterior, prin adresa nr. 33338/20.12.2022, oferta a fost declarată inacceptabilă, întrucât, în opinia entității contractante, acordurile de subcontractare și celelalte documente depuse nu ar fi fost suficiente pentru dovedirea angajamentului ferm al subcontractanților în îndeplinirea proiectului, respingere apreciată drept nelegală de către contestatoare. În plus, aceasta consideră că ofertele concurente au fost avantajate de către achizitoare:

- deși asocierea (...) nu a prezentat formularul nr. 16, entitatea contractantă a revenit către asociere, solicitându-i nepermis depunerea lui;

- asocierea câștigătoare Hill nu are în obiectul de activitate activități privind furnizarea echipamentelor din contract (dronă, pluviometre, debitmetre).

Referitor la declararea inacceptabilă a ofertei (...) (...) SRL, contestatoarea susține că este nelegală. În acest scop, prezintă abordări teoretice și practice cu privire la instituția terțului susținător, invocând prevederile art. 196 și 198 din Legea nr. 99/2016, art. 55 din normele de aplicare a legii, precum și Hotărârea din 7 aprilie 2016, ..., C-324/14, EU:C:2016:214. Acordul de subcontractare este suficient pentru a dovedi calitatea de terț susținător, fără a fi nevoie de formalități suplimentare. Prioritatea dată substanței raporturilor juridice dintre terț, ofertant și entitatea contractantă asupra formei pe care acestea le îmbracă a fost subliniată constant și în jurisprudență, Curtea de Apel București sancționând, într-o speță asemănătoare, analiza exclusiv formală a susținerii terțului.

Calitatea de terț susținător a (...) și (...), precum și angajamentul lor ferm reies în mod clar atât din cele două acorduri de subcontractare, cât și din alte documente depuse. Voința de a își asuma obligațiile specifice terțului susținător reiese indubitabil din chiar preambulul celor două acorduri, unde este specificată dubla calitate a celor două entități:

„(...), denumită în cele ce urmează subcontractant și terț susținător în temeiul art. 55 din HG 394/2016.”

„(...) cu sediul în, denumită în cele ce urmează subcontractant și terț susținător în temeiul art. 55 din HG 394/2016.”

Distinct, acordurile de subcontractare prevăd, suplimentar față de clauzele specifice subcontractării, dispoziții specifice calității de terț susținător a celor doi parteneri, tocmai pentru a nu exista niciun dubiu asupra dublei calități asumate. Astfel, prin art. 7 din acorduri, cele două societăți și-au asumat în mod expres angajamentul pentru susținerea ofertantului din punct de vedere tehnic și financiar.

La art. 7 din acordul încheiat cu (...) s-a stipulat că aceasta va pune la dispoziție resursele necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a viitorului contract, după cum urmează: *„Art. 7. Acordarea susținerii tehnice și/sau profesionale care se referă la capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea cerinței de*

calificare din fișa de date a achiziției. În acest sens, punem la dispoziția (...) (...) SRL resursele tehnice necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.” O clauză asemănătoare este prevăzută la art. 7 din acordul cu (...): „Art. 7. Acordarea susținerii financiare și tehnică și/sau profesională care se referă la capacitatea economico-financiară și capacitatea tehnică și profesională prin îndeplinirea cerințelor de calificare din fișa de date a achiziției. În acest sens, punem la dispoziția (...) (...) SRL resursele financiare și tehnice necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.”

Totodată, art. 9 din acordurile de subcontractare încheiate cu (...) și (...) reglementează răspunderea asumată de către cele două societăți, fiind stipulat în acest sens faptul că societățile terțe susținătoare se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care acesta le are față de i(...)estitor, conform contractului general, după cum urmează: „Art. 9. Subcontractantul se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de i(...)estitor conform contractului [...].”

În plus față de cele două acorduri, cei doi parteneri au semnat o serie de documente care nu lasă loc de dubiu. În DUAЕ, fiecare a indicat calitățile de subcontractant și terț susținător. Totodată, și-au asumat, prin completarea formularului nr. 3 (privind neîncadrarea în prevederile art. 73 din Legea nr. 99/2016), respectiv a formularului nr. 13 (privind respectarea art. 64 din Legea nr. 99/2016) obligații specifice terților susținători, obligații clare ce derivă atât din raporturile juridice cu entitatea contractantă, cât și din dispozițiile legale, context în care decizia de excludere din procedura de atribuire este excesivă și contravine dispozițiilor legale aplicabile.

Implicarea și susținerea efectivă a terțului susținător pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului se poate concretiza:

- fie prin mobilizarea și implicarea resurselor umane și tehnice ale terțului susținător în execuția contractului de achiziție publică/sectorială (caz în care este necesar ca terțul/terții susținător(i) să poată dovedi că dețin resursele i(...)ocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului; respectiv ofertantul/ candidatul să poată demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant);

- fie prin asumarea de către terț a rolului de subcontractant (caz în care acordul de subcontractare ține loc de angajamentul ferm).

Odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări și pentru dovedirea faptului că (...) dispune de resursele financiare pe care le-a declarat, s-au transmis situații financiare din care rezultă acumularea unei cifre de

afaceri de 269.303.396,63 lei, fără TVA, aspect de natură să înlăture orice dubii cu privire la realitatea susținerii acordate de această entitate.

Eronat precizează entitatea contractantă, în decizia de excludere, că nu ar rezulta modul de asigurare a resurselor financiare, tehnice și profesionale de către contestator prin subcontractanții terți susținători. Față de etapa în care s-a constatat oferta inacceptabilă, documentele relevante sunt angajamentele ferme asumate și declarațiile DUAE, abia ulterior urmând a fi analizate și celelalte documente depuse din care rezultă îndeplinirea cerințelor stabilite. Entitatea a impus și aceste aspecte, dar omite că analiza documentelor urma a se realiza în raport cu ofertantul declarat câștigător.

Reține, de asemenea, eronat și excesiv entitatea contractantă că, din acordurile de subcontractare, nu ar rezulta valoarea susținerii. O astfel de constatare este nelegală, în considerarea și din coroborarea tuturor documentelor depuse în legătură cu susținerea din partea celor două societăți, acestea asumându-și, prin semnătură, acordurile ferme, formularele DUAE, și comunicând documentele necesare spre a fi analizate în etapa ulterioară declarării ofertei ca fiind acceptabilă.

Răspunsul cuprindea explicațiile în legătură cu situația ofertei depuse și a angajamentelor asumate, fiind explicit și concludent. Aspectele i(...)ocate de entitatea contractantă sunt nu numai excesive, ci și redundante. Viitorul contract propus de entitatea contractantă cuprindea clauze specifice care asigurau îndeplinirea de către cele două entități a obligațiilor specifice terților susținători. Formularele solicitate vizau etapa de ofertare, finalmente urmând a fi semnat contractul de achiziție și translatate clauzele privind răspunderea în raporturile cu subcontractanții și terții susținători. Modelul de acord de asociere cuprinde clauze foarte simple, departe de ceea ce i-a solicitat entitatea contractantă, contestatorul redând fragmente din contract, respectiv art. 5, 6 și 7. Deși obligațiile asumate de membrii asocierii sunt, în parte, asemănătoare celor asumate de terții susținători, în sensul că aceștia răspund față de autoritate, respectiv sunt obligați să îndeplinească, în anumite situații, obiectul contractului, entitatea contractantă a considerat suficientă depunerea unor acorduri de asociere care nu se elaborează pe marginea acestor obligații (așa cum în mod exagerat și formal i-a pretins), punând-o într-o situație de inferioritate față de acei ofertanți care s-au prezentat în cadrul procedurii de atribuire sub forma de asociere, respectiv celor care s-au prezentat doar cu subcontractanți. Totodată, prin raportare la cele de mai sus, solicitările și, ulterior, decizia de a exclude oferta sa apar ca vădit disproportionale.

În ceea ce privește oferta depusă de asocierea(...), ea nu include formularul nr. 16, conform fișei de date a achiziției („Modul de prezentare al propunerii financiare”), iar entitatea contractantă a revenit către asociere, solicitându-i nepermis depunerea formularului (a avantajat-o în raport cu ceilalți ofertanți), în loc să excludă oferta.

În ceea ce privește oferta declarată câștigătoare (a asocierii Hill), cu referire la procesul-verbal privind evaluarea documentelor-suport pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 33069/ 15.12.2022, prezentând codurile CPV principale, respectiv secundare aferente obiectului viitorului contract, cap. III.1.1.b) - „Capacitatea de exercitare a activității profesionale” din fișa de date, contestatoarea arată că, în evaluarea făcută, entitatea contractantă se rezumă la a verifica CPV-ul principal al ofertantului câștigător, fără a verifica modul de îndeplinire a codurilor CPV secundare privind furnizarea de aeronave fără pilot (34711200-6, Rev.2) și debitmetre (38421110-6, Rev.2). Aspectul că asocierea nu are în obiectul de activitate activități privind furnizarea echipamentelor solicitate prin contract (dronă, pluviometre, debitmetre), aspect care trebuia să conducă la excluderea acesteia din procedura de atribuire.

Pe lângă avantajarea ofertelor concurente, entitatea a dat dovadă de lipsă de profesionalism prin:

- neevaluarea gradului de detaliere a propunerilor tehnice, care a dus la neacordarea punctajului pentru factorul de evaluare „Demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului”. Conform procesului-verbal final privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. 28750/02.11.2022, singurul punctaj acordat a fost pentru factorul de evaluare „Experți”;

- evaluarea superficială a documentelor-suport depuse de ofertantul clasat pe primul lor în clasamentul intermediar în vederea demonstrării informațiilor declarate în formularul DUAE. Se pot observa neconcordanțe între sumele declarate de ofertanți în DUAE și cele reținute de entitatea contractantă în evaluarea făcută. Totodată, din cele cinci contracte privind capacitatea tehnică și/sau profesională, entitatea contractantă, în procesul-verbal nr. 33069/ 15.12.2022, a evaluat doar trei;

- realizarea evaluării propunerilor tehnice într-un timp nejustificat de scurt (două săptămâni), față de complexitatea lor;

- totodată, evaluarea propunerilor financiare a fost realizată în termen de o zi de la raportul privind evaluarea celor tehnice, iar singurele clarificări necesare aveau ca obiect erori aritmetice, respectiv lipsa formularului nr. 16.

Contestatoarea subliniază și faptul că, potrivit raportului procedurii, pct. 2.4.8, ofertanții nu au declarat nicio informație din oferte ca fiind confidențială/clasificată/protejată de un drept de proprietate intelectuală, însă, în urma solicitării studierii dosarului achiziției, entitatea contractantă i-a comunicat că raportul a fost întocmit în mod eronat și că, în fapt, ofertanții aveau declarate informații confidențiale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 564/05.01.2023, (...) SA transmite punctul său de vedere asupra contestației, solicitând

respingerea acesteia. Se i(...)ocă tardivitatea criticilor aduse solicitării de clarificare nr. 25068/04.10.2022 și netemeinicia celor aduse rezultatului procedurii, acestea fiind legate de forța obligatorie a solicitării de clarificare. Întrucât solicitarea privea modul în care sunt îndeplinite criteriile de calificare și selecție de către ofertanți/terții susținători (nu partea privind livrabilele subcontractanților), în cauză devin direct aplicabile dispozițiile art. 56 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, care înlătură orice discuție cu privire la dreptul de a solicita astfel de clarificări. Aceasta este și poziția Curții de Apel Alba Iulia, exprimată în decizia nr. 1041/2021, pronunțată în dosarul nr. 457/57/ 2021.

Tardivitatea criticilor aduse solicitării de clarificare nr. 25068/04.10.2022 atrage netemeinicia criticilor aduse rezultatului procedurii de atribuire, pentru că cenzurarea acestui rezultat implică automat cenzurarea solicitării de clarificare nr. 25068/04.10.2022, aspect inadmisibil, raportat la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016. Constatând necontestarea solicitării în condițiile și termenul prevăzut art. 8, cumulată cu motivul de inacceptabilitate a ofertei (răspuns neconcludent la solicitare), singurele critici față de măsura respingerii ofertei contestatoarei pot viza doar aprecierea caracterului neconcludent al răspunsului de clarificare, nu aspecte de fond, străine motivului de excludere.

Contestația nu cuprinde critici cu privire la caracterul „concludent” al răspunsului, ci doar aspecte de fond referitoare la noțiunea de terț susținător, calitatea de terț susținător a celor două societăți și existența pretinsului angajament ferm și pretinsa claritate a obligațiilor asumate de cele două societăți.

Entitatea contractantă i(...)ocă și tardivitatea criticilor aduse documentației de atribuire și netemeinicia criticilor aduse rezultatului procedurii, acestea fiind strâns legate de forța obligatorie a documentației de atribuire.

(...) (...) SRL critică documentația de atribuire (comparând răspunderea terților susținători cu răspunderea membrilor asociați), implicit formularele obligatorii pentru terții susținători, critică tardivă și inadmisibilă. Prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a asumat în integralitate conținutul documentației de atribuire, asumându-și riscul respingerii ofertei pentru neîndeplinirea întocmai a cerințelor definitive și obligatorii din documentație. Orice critici cu privire la cerințele entității contractante cuprinse în documentație, în special cele referitoare la garanțiile și declarațiile terțului susținător, sunt tardive.

Contestația este și lipsită de interes, raportat la neatacarea solicitării de clarificare nr. 25068/04.10.2022 și a aprecierii răspunsului ca fiind neconcludent. Indiferent de soluția pronunțată, tot rămân valabile prevederile documentației de atribuire, precum și solicitarea de clarificare, iar neprezentarea documentelor în forma solicitată conduce doar la respingerea ofertei.

Comisia de evaluare a analizat îndeplinirea cerințelor de calificare la nivel declarativ, pe baza informațiilor prezentate și a răspunsului de clarificare ale (...) SRL. În temeiul art. 140 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, comisia a considerat că răspunsul primit de la ofertant nu este concludent și, în consecință, i-a respins oferta ca inacceptabilă.

Entitatea a dat posibilitatea contestatorului să remedieze aspectele semnalate și să asigure entității garanțiile și declarațiile depline într-un astfel de caz, aspect care lasă inutilă orice reacție a sa la alegațiile contestatorului privind un pretins „tratament preferențial” aplicat altor ofertanți. La solicitarea de clarificare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 831/10.10.2022, în care a făcut trimitere la art. 196 din Legea nr. 99/2016, la un îndrumar ANAP privind instituția terțului susținător și la acordurile de subcontractare transmise inițial. De asemenea, în răspuns se specifică faptul că subcontractantul și terțul susținător declarat (...) are capacitatea financiară de a susține contractul și este prezentat un extras dintr-un raport de audit din care rezultă că cifrele de afaceri pe ultimii trei ani (2019, 2020 și 2021) sunt de 54,6 milioane euro (2021), 55,1 milioane euro (2020) și 58,4 milioane euro (2019). În răspuns nu este specificat modul de asigurare a resurselor financiare, tehnice și profesionale sau de angajare a răspunderii față de entitatea contractantă.

Singurele critici față de măsura respingerii ofertei pot viza doar caracterul „concludent” al răspunsului de clarificare, nu aspecte de fond străine motivului de excludere. Însă, contestația nu cuprinde critici cu privire la caracterul „concludent” al răspunsului, ci doar aspecte de fond.

Prin solicitarea de clarificare s-a cerut inclusiv o „prezentare clară a resurselor financiare (în cazul (...)), tehnice și profesionale, pe care subcontractanții terț susținători le pun la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea cerințelor respective de calificare din fișa de date a achiziției”, dar în răspunsul dat ofertantul nu a specificat nicio resursă financiară, tehnică și/sau profesională care să îi fie pusă la dispoziție. S-a făcut referire doar la cifra de afaceri a subcontractantului (...), fără a se menționa că această cifră sau altă valoare este pusă efectiv la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului, cu atât mai puțin modul în care ofertantul poate avea acces la această resursă. Ofertantul respins nu a prezentat în niciun loc modul efectiv în care sunt puse la dispoziție resursele și nici măcar nu sunt definite acestea. S-a precizat doar că „toate” resursele sunt puse la dispoziție. În mod evident, „toate” resursele nu indică măcar existența vreunei resurse determinate, astfel încât entitatea contractantă să poată evalua suficiența implicării.

În acordul de terț pentru susținere financiară s-a solicitat expres și clar menționarea sumei puse la dispoziție. Or, nu s-a precizat nici această sumă.

Mai mult, identificarea/precizarea unei cifre de afaceri nu presupune automat și existența unei resurse disponibile și când și cum acea eventuală resursă disponibilă va fi pusă la dispoziția celui susținut. Nu se face niciun fel de referire nici la modul de asumare a răspunderii a terțului susținător față de entitatea contractantă pentru neexecutarea obligațiilor asumate de ofertant, la renunțarea la dreptul de a i(...)oca excepții de neexecutare, la despăgubirea beneficiarului pentru daune și cheltuieli sau la răspunderea în mod solidar față de beneficiar (art. 9 din acordurile de subcontractare).

Refuzul ofertantului (sau al terților susținători) de a preciza/completa cele expres solicitate reprezintă o neconformitate (răspuns neconcludent) sancționată cu excluderea ofertantului.

Îndeplinirea criteriilor de eligibilitate trebuia dovedită la evaluarea ofertelor, nu ulterior, la încheierea contractului. Însăși contestatoarea recunoaște implicit că oferta depusă nu îndeplinește condițiile stabilite prin documentația de atribuire. Prin semnarea acordului contractual nu se poate califica o ofertă inacceptabilă.

În fișa de date a achiziției s-a prevăzut expres: „Nedepunerea odată cu oferta a angajamentului ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, sau, după caz, a acordului de subcontractare și/sau acordului de asociere, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor de formă cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire”, sens în care și din această perspectivă refuzul ofertantului de a nu comunica cele solicitate prin solicitarea de clarificare are ca efect respingerea ofertei.

Contrar celor afirmate de contestator, îndeplinirea criteriilor de eligibilitate trebuie dovedită la evaluarea ofertelor, nu ulterior, la încheierea contractului.

Dubla calitate a celor două societăți implică îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege și de documentația de atribuire atât pentru subcontractanți, cât și pentru terți susținători.

Îndrumarea ANAP privind instituția terțului susținător este neechivocă, fiind necesare „Documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera resursele i(...)ocate către contractant, atunci când va fi necesar în derularea contractului”.

În fapt, contestatoarea (sau cel mai probabil terții susținători) vrea (vor) să limiteze răspunderea doar la partea subcontractată și aflată în gestiunea acestora, aspect poate de înțeles din punct de vedere uman, dar insuficient din perspectiva instituției garantării prin terțul susținător.

Este situația identică unui contract de lucrări care presupune proiectare și execuție, iar terțul susținător - firmă de arhitectură ajută la îndeplinirea de către ofertantul principal a cerințelor de eligibilitate (cifra

de afaceri și experiență similară). Faptul că acel terț susținător a subcontractat partea de arhitectură proiectare nu îl face dornic în a își asuma răspunderea pentru lucrările ce nu îi sunt în obiectul de activitate, dar acest disconfort nu poate avea consecința lipirii beneficiarului de garanțiile și răspunderile asociate terțului susținător (în absența experienței ofertantului) pentru întregul contract.

Astfel, este mai mult decât evident faptul că renunțarea terților susținători, indiferent dacă sunt sau nu subcontractanți, la drepturile prevăzute în formularele nr. 4 și 5 (solicitate a fi completate de terții susținători), trebuie să rezulte explicit din acte emise în favoarea beneficiarului acestor renunțări (autoritatea contractantă) și nicidecum subînțelese prin simpla apreciere a celui susținut (apreciere evident fără efecte juridice).

Din acordurile de subcontractare nu rezultă renunțarea terților susținători subcontractanți la drepturile de mai jos, expres solicitată:

- renunțarea, definitiv și irevocabil, la i(...)-ocarea beneficiului de diviziune sau discuțiune;
- renunțarea, definitiv și irevocabil, la dreptul de a i(...)-oca orice excepție de neexecutare, inclusiv față de autoritatea contractantă.

Totodată, entitatea contractantă susține că a respectat scopul Legii nr. 99/2016, principiile aplicabile și principiul bunei administrări, redând argumente în acest sens.

Cu privire la modul de evaluare a ofertelor declarate admisibile, entitatea i(...)-ocă prevederile art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la obiectul de activitate al asocierii Hill, susținerile contestatorului sunt nefondate, deoarece bunurile nu sunt independente, fără legătură cu activitățile din contract .

Înainte de deschiderea ofertelor s-a primit o solicitare de clarificare: *„Echipamentele achiziționate în cadrul proiectului (dronă ridicări topografice, debitmetre canalizare și pluviometre) vor putea fi folosite de către consultant pentru colectarea datelor de teren în vederea elaborării/calibrării modelelor hidraulice?”*, iar răspunsul a fost: *„Da, aceste echipamente se pot folosi cu acordul autorității contractante și de asemenea se pot folosi în cadrul instruirilor și a campaniilor de măsurători efectuate în colaborare de Autoritatea Contractantă și Consultant pentru instruirea și perfecționarea personalului Autorității Contractante.”* Astfel, în mod clar, aceste echipamente sunt folosite în scopul realizării activităților prevăzute în caietul de sarcini, inclusiv pentru instruirea și perfecționarea personalului entității contractante.

În fișa de date a achiziției, cu privire la acest aspect, este menționat că: *„Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, respectiv Certificat constatator emis de ONRC din care să reiasă că ofertantul are în domeniul de activitate activități ce fac obiectul prezentului contract, sau în cazul ofertanților străini, documente echivalente emise în țara de rezidență care dovedesc*

o formă de înregistrare/atestare sau apartenență din punct de vedere profesional, din care să reiasă că ofertantul are în domeniul de activitate activitatea principală ce face obiectul prezentului contract urmează să fie prezentate.”

Prin urmare, nu a solicitat ca ofertantul să aibă în domeniul de activitate activitățile/toate activitățile ce vor fi desfășurate în executarea contractului, ci doar activități de natura celor care fac obiectul contractului, cu menționarea expresă doar a activității principale, cerință neîndoielnic îndeplinită de asocierea care s-a clasat pe primul loc.

Cu privire la solicitarea adresată asocierii(...), entitatea precizează că a uzat de art. 221 din Legea nr. 99/2016 și art. 140 și 141 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, nefiind o „solicitare nepermisă”, cum în mod neîntemeiat afirmă contestatorul. Și contestatorului i s-a aplicat același tratament, cu singura diferență că aceasta nu a dorit să se conformeze solicitării. În acest sens și doar din această perspectivă, nu se poate susține o atingere adusă principiului egalității de tratament, toți ofertanții primind solicitări de clarificare prin care au fost i(...)tați să remedieze omisiunile/ neconcordanțele din înscrisurile inițial depuse. A fost respectat și principiul proporționalității, de care a beneficiat și contestația (prin formularea către aceasta a cererilor de clarificări).

În concluzie, contrar celor susținute de contestator, tocmai lipsa formulării cererii de clarificare către asocierea(...) ar fi echivalat cu o nerespectare a principiilor egalității de tratament și proporționalității.

Cu nr. 9/16.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 2678/17.01.2023, (...) a formulat cerere de intervenție în interesul entității contractante, prin care solicită admiterea ei și respingerea contestației, ca nefondată.

Criticile contestatorului, în ceea ce privește oferta asocierii, sunt nefondate. El adaugă documentației de atribuire o cerință nouă, nescrisă, anume perfectă identitate dintre obiectul contractului de atribuit, astfel cum este acesta descris prin coduri CPV principale și secundare, cu codurile CAEN, care descriu activitatea societăților sale. Nu precizează temeiul pretenției sale, legea sau documentația de atribuire, însă afirmă ca o astfel de cerință există și a fost nesocotită de comisia de evaluare. Însă, o astfel de identitate nu își găsește suportul nici în legislația specială a achizițiilor publice, care nu stabilește prin nicio normă o astfel de obligativitate la perfectă identitate, și nici în documentația de atribuire, care nu conține o astfel de cerință.

În realitate, codul CPV este utilizat în scop statistic în procedurile de achiziții publice, iar codul CAEN este utilizat pentru clasificarea în scop statistic a activităților economice în România. În susținere, intervenienta redă definițiile pentru fiecare tip de cod, subliniind că au scopuri diferite și corespondența este doar orientativă.

Prin prevederile cap. 3.1.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă

a stabilit, în ceea ce privește concordanța dintre obiectul contractului și codurile CAEN ale ofertanților, că proba îndeplinirii cerinței se va face prin *„documente justificative (...) din care să reiasă că ofertantul are în domeniul de activitate activități ce fac obiectul prezentului contract (...). Ofertanții străini vor putea prezenta documente din care să reiasă că ofertantul are în domeniul de activitate activitatea principală ce face obiectul prezentului contract.”*

Dacă o cerință privind deplina identitate între codurile CPV și codurile CAEN ar fi fost inclusă în documentația de atribuire ar fi fost restrictivă, impunând o identitate ale cărei detalii nu sunt de natură a produce entității contractante niciun avantaj real, nicio garanție suplimentară. Identitatea pretinsă de contestatoare și neprevăzută de lege sau documentație ar produce inevitabil o restrângere gravă a concurenței, direct proporțională cu complexitatea contractului de atribuit.

Cu cât obiectul unui contract este mai complex, cu atât mai vastă va fi descrierea sa prin coduri CPV principale și secundare și, în consecință, cu atât mai greu va fi de obținut perfecta identitate pretinsă de contestator, împrejurare care conduce la o restrângere artificială a concurenței. Din acest motiv, legiuitorul nu a dispus în sensul stabilirii imperative a necesității identității perfecte dintre obiectul contractului și obiectul de activitate al ofertantului, considerând suficient ca activitatea principală a contractului să se reflecte în codurile CAEN principale ale ofertanților.

Este fără echivoc faptul că, în raport de modul în care entitatea contractantă a redactat cerința de calificare și în raport de normele legale incidente, apreciind că în condițiile unui contract vizând ca obiect principal codul CPV 71356200-0 Servicii de asistență tehnică (Rev.2), este admisibilă oferta care face proba înregistrării cod CAEN grupa 7112 – „Activități de arhitectură, inginerie și servicii de consultanță tehnică legate de acestea”. Această grupă cuprinde furnizarea de servicii de arhitectură, servicii de inginerie, servicii de proiectare, servicii de inspectare a construcțiilor, servicii de topometrie, cartografiere și similare.

Așadar, criticile contestatorului privind modul de evaluare a ofertei asocierii sunt nefondate, după cum nefondate sunt și acelea legate de excluderea ofertei (...) (...) SRL, întrucât răspunsul la solicitarea de clarificare nu poate fi altfel calificat decât neconcludent, atât timp cât solicitării autorității privind completarea acordurilor de subcontractare cu clauzele specifice instituției susținerii, astfel încât entitatea contractantă să beneficieze de garanțiile specifice instituției susținerii și, în consecință, să poată legal proceda la acceptarea susținerii terților.

Susținerea i(...)ocată de către contestator nu poate fi luată în considerare în evaluarea ofertei, întrucât, din înscrisul care formalizează raportul juridic de susținere, acordul de subcontractare în acest caz,

lipsească clauzele specifice susținerii, ceea ce face ca garanțiile entității contractante și asumarea expresă și detaliată a răspunderii terților susținători să lipsească din ofertă.

Ofertantul a refuzat să furnizeze entității contractante informații concrete privind modul de asigurare a resurselor financiare și tehnico-economice specifice susținerii, aspect care face imposibilă acceptarea susținerii i(...).ocate.

Art. 55 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, i(...).ocat de contestator, nu modifică conținutul instituției terțului susținător, ci, în mod exclusiv și limitat, stabilește că, în ipoteza în care subcontractorii sunt și terți susținători, vehiculul care transportă voința juridică a părților din cadrul raportului juridic de susținere este acordul de subcontractare. În condițiile în care entitatea contractantă nu a contestat dreptul contestatorului de a formaliza raportul juridic de susținere (*negotium juris*) prin înscrisul intitulat acord de subcontractare (*instrumentum probationis*), apare ca lipsită de legătură cu cauza i(...).ocarea prevederilor art. 55.

Autoritatea a cerut prin solicitarea de clarificare ofertantului atât informații despre resurse și despre modul concret în care acestea vor fi puse la dispoziția ofertantului, cât și o completare a acordurilor de subcontractare cu clauze specifice instituției terțului susținător, astfel încât condițiile ce legalmente condiționează acceptarea susținerii i(...).ocate să fie îndeplinite, iar ofertantul a răspuns că niciun fel de informații sau completări nu sunt necesare și că oferta sa satisface rigorile legale privind acordarea susținerii.

Din angajamentul de susținere depus de contestator nu rezultă nici resursele care se alocă susținerii, nici modul concret în care ofertantul va avea acces la aceste resurse. Din el lipsesc clauzele specifice instituției susținerii, expres reglementate de legiuitor în scopul furnizării entității contractante a garanțiilor specifice instituției terțului susținător.

Apărările contestatorului sunt vădit nefondate, grav viciate de o înțelegere și interpretare eronate sau voit distorsionate a prevederilor legale incidente.

Contestatorul susține că acordurile de subcontractare ar satisface toate rigorile prevăzute de lege, însă legiuitorul stabilește cu incontestabilă claritate care este momentul la care ofertantul va furniza, pe parcursul procedurii de atribuire, informațiile și garanțiile specifice susținerii terțului - angajamentul de susținere va fi depus odată cu oferta. Așadar, odată cu oferta sunt furnizate entității contractante toate garanțiile de ordin juridic specifice instituției susținerii (extinderea răspunderii, solidaritatea răspunderii, interdicția i(...).ocării excepțiilor). Caracterul obligatoriu al ofertei se extinde asupra tuturor înscrisurilor care însoțesc și formează oferta, așadar și asupra înscrisurilor din care rezultă informațiile și garanțiile specifice instituției susținerii, legiuitorul

plasând condițiile asumării unei susțineri sub același regim restrictiv al obligativității ca însăși oferta.

În prezenta speță, momentul furnizării garanțiilor specifice susținerii nu poate face obiectul deliberării și acordului entității contractante, în condițiile în care legiuitorul însuși a dispus în mod expres asupra acestui moment: data depunerii ofertelor.

Prin urmare, rămâne irelevant pentru dezlegarea prezentei cauze și faptul că în contractul de achiziție sectorială se află clauze specifice susținerii și faptul că ofertantul și terții săi susținători s-au obligat să semneze acest contract, atât timp cât modalitatea în care propune contestatorul ca entitatea contractanta să dobândească garanțiile specifice susținerii este vădit contrară unor prevederi legale exprese și de imperativă aplicare.

Prin adresa nr. 14/19.01.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 3171/19.01.2023, (...) prezintă argumente în susținerea confidențialității ofertei sale.

Ulterior consultării documentelor neconfidențiale aflate la dosarul cauzei, (...) SRL a formulat răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 4328/27.01.2023, al cărui conținut nu va fi redat aici, pentru a nu încărca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, însă va fi avut în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Situația este similară și pentru concluziile scrise nr. 35/ 01.02.2023 înaintate Consiliului de (...).

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1039030, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 05.02.2022, entitatea contractantă (...) SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de asistență tehnică pentru managementul proiectului și supervizarea execuției lucrărilor în cadrul proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată în județele Sibiu și Brașov (include și implementarea planului de publicitate, realizarea modelelor hidraulice pentru rețelele de apă și canalizare din municipiul Sibiu, comuna Șelimbăr, municipiul Făgăraș și orașul Cisnădie, realizarea unui studiu privind agresivitatea apei brute din diferite surse, actualizare master plan, achiziția de echipamente pentru modelarea hidraulică – dronă, pluviometre, debitmetre), pe o durată de 88 de luni, servicii estimate valoric la 43.855.048,18 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 05.02.2022, alături de anunțul de i(...)itare la competiție.

La procedură au fost primite patru oferte, între care și aceea a (...) SRL, care a fost respinsă de entitatea organizatoare ca inacceptabilă. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, (...) SRL a î(...)estit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea

contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 877.101 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 208736632/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Cluj, la data de 30.12.2022.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru (...) (...) SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016. „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevante în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice/sectoriale presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice/sectoriale poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-a pronunțat și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică/sectorială, nu i se poate reproșa autorității/entității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016).

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea/entitatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de

vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce

principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Depășind această introducere generală de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate/entitate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială, asupra

aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de (...) SA prin raportul procedurii de atribuire nr. 33107/16.12.2022, rezultat comunicat competitorilor la 20.12.2022. La 30.12.2022, (...) (...) SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la entitatea achizitoare, în interiorul termenului legal.

Motivele care au stat la baza excluderii sunt dezvoltate în comunicarea nr. 33338/20.12.2022, cu următorul cuprins:

Prin prezenta vă facem cunoscut faptul că [...] oferta dumneavoastră a fost declarată inacceptabilă din următoarele motive:

La solicitarea de clarificări a Comisiei de evaluare numărul 25068 din 04.10.2022 ofertantul a răspuns prin adresa numărul 831 din data de 10.10.2022.

Prin răspunsul transmis, ofertantul face trimitere la articolul 196 din Legea 99/2016, la un îndrumar transmis de ANAP privind Instituția terțului susținător și la acordurile de subcontractare transmise inițial. De asemenea, în răspuns se specifică faptul că subcontractantul și terțul susținător declarat (...) are capacitatea financiară de a susține contractul și este prezentat un extras dintr-un raport de audit din care rezultă faptul că cifrele de afaceri pe ultimii 3 ani (2019, 2020 și 2021) sunt de 54,6 milioane euro (2021), 55,1 milioane euro (2020) și respectiv 58,4 milioane euro pentru anul 2019.

În răspuns nu există nici un fel de specificare la modul de asigurare al resurselor financiare, tehnice și profesionale sau la angajarea răspunderii față de autoritatea contractantă.

Comisia de evaluare a analizat răspunsul transmis de ofertant, precum și documentele depuse inițial și a constatat următoarele:

- În documentația de atribuire se regăsesc la secțiunea formulare Formularul 4 ANGAJAMENT FERM privind susținerea financiară a ofertantului/grupului de operatori economici și Formularul 5 ANGAJAMENT FERM privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului/grupului de operatori economici. În cadrul ambelor formulare se regăsesc următoarele paragrafe:

"Noi, ... (denumirea terțului susținător financiar), declarăm că înțelegem să răspundem față de Autoritatea Contractanta pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de (denumire ofertant/grupul de operatori economici), în baza contractului de achiziție sectorial.

Noi, ... (denumirea terțului susținător financiar), declarăm că înțelegem să renunțăm definitiv și irevocabil la dreptul de a i(...)oca orice excepție de neexecutare, atât față de Autoritatea Contractanta, 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 financiar), declarăm că înțelegem să răspundem pentru prejudiciile cauzate entitatii contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament.

Noi, ... (denumirea terțului susținător financiar), declarăm că înțelegem să despăgubim Beneficiarul pentru orice daune, pierderi și cheltuieli (inclusiv taxe și cheltuieli de judecată) suportate de Beneficiar în cazul în care nu respectăm obligațiile asumate prin acest angajament ferm sau îndeplinim aceste obligații în mod defectuos.

În conformitate cu prevederile art. 198 din Legea 99/2016, operatorul economic (denumirea ofertantului/grupului de operatori economici) și tertul/terții sustinatori vor răspunde solidar pentru executarea contractului."

În cadrul acordului de subcontractare pentru ambii subcontractori declarați ca și terți susținători nu se face nici un fel de referire la modul de asumare a răspunderii a terțului susținător față de autoritatea contractantă pentru neexecutarea obligațiilor asumate de ofertant, la renunțarea la dreptul de a i(...)oca excepții de neexecutare, la despăgubirea Beneficiarului pentru daune și cheltuieli sau la răspunderea în mod solidar față de Beneficiar.

Mai mult, în cadrul acordului de subcontractare nu se specifică în niciun fel valoarea pusă la dispoziție pentru îndeplinirea contractului (așa cum se solicită prin paragraful "în acest sens, **ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil**, să punem la dispoziția (denumirea ofertantului/grupului de operatori economici) **suma de lei** sau echivalent,

necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică." din cadrul Formularului 4.

De asemenea, nici paragraful din Formularul 5 referitor la resursele tehnice și profesionale puse la dispoziția ofertantului ("în acest sens, **ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil**, să punem la dispoziția (denumirea ofertantului) **resursele tehnice și/sau profesionale de necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.**") nu este preluat în corpul acordului de subcontractare și nici nu se face referire în altă parte în mod concret la resursele puse efectiv la dispoziție.

În cadrul acordurilor de subcontractare, la articolul 7 se regăsește următorul paragraf: "în acest sens, punem la dispoziția (...) (...) SRL resursele financiare și tehnice necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică". În acest articol **NU se specifică nicăieri că subcontractorul (declarat și terț susținător) se angajează în mod ferm, necondiționat și irevocabil** la îndeplinirea tuturor obligațiilor specificate în formularele de angajament față de autoritatea contractantă.

Mai mult, în îndrumarul emis de ANAP la care face referire ofertantul în răspunsul său se precizează următoarele:

- "autoritatea/entitatea contractantă trebuie să poată beneficia efectiv de obligațiile asumate de terțul susținător, astfel încât **această susținere să nu fie formală și să asigure ducerea la bun sfârșit a contractului de achiziție publică/sectorial.**"

- În actul încheiat între ofertant și terț trebuie „**să se prevadă în mod expres obligațiile pe care terțul și le asumă cu privire la susținerea acordată, precum și drepturile ofertantului, dar și faptul că terțul își asumă răspunderea în fața autorității/entității contractante (în funcție de tipul de susținere acordată).**"

- De asemenea în formularele de susținere tehnică sau financiară (anexe ale îndrumarului) recomandate, paragrafele prevăzute sunt aproximativ similare cu cele prevăzute în formularele 4 și 5 din documentația de atribuire, cu referire la obligațiile asumate de către terțul susținător față de autoritatea contractantă și se face trimitere la "Modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv cum se va face transferul acestor resurse către contractant." Precum și la faptul că "Din documentele prezentate de terț trebuie să reiasă cum se va face transferul acestor resurse către contractant (inclusiv termenele în care resursele vor fi puse la dispoziția contractantului), respectiv să rezulte că transferul se va face cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. Transferul resurselor financiare i(...)ocate trebuie să fie posibil în orice moment începând cu data semnării contractului de achiziție publică/sectorial." în cazul susținerii financiare și "Modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv cum vor fi implicate efectiv resursele terțului susținător în desfășurarea lucrărilor sau serviciilor în legătură cu care acordă susținerea." în cazul susținerii tehnice sau profesionale.

De asemenea, clauzele recomandate în anexele din îndrumar "**reprezintă conținutul minim al înțelegerii dintre ofertant și terț** cu privire la acordarea susținerii. În cazul în care părțile doresc să stabilească și alte prevederi/drepturi/obligații, vor redacta o înțelegere scrisă separată pe care o vor anexa angajamentului ferm, cu condiția ca aceasta să nu contravină prevederilor prezentului angajament."

Astfel, Comisia constată că ofertantul nu a respectat nici măcar acest îndrumar emis de ANAP citat în răspunsul transmis în data de 10.10.2022.

Conform legislației în vigoare, articolul 196 din Legea 99/2016 specifică la alineatul 3 faptul că "În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională i(...)ocând 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 entității 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.**", iar alineatul 4 specifică în mod clar că "**ofertantul/candidatul are obligația să prezinte 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, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.**"

Din documentele prezentate de ofertant nu rezultă în niciun fel vreun angajament al terțului declarat, cu atât mai puțin modul efectiv prin care terțul/terții susținător(i) va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Mai mult, conform HG 394/2016 la articolul 55 alineat 2 se specifică următoarele: *"Entitatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:*

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele i(...)ocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;" Ori prin acordurile subcontractare depuse în cadrul ofertei precum și prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu sunt specificate nici un fel de resurse solicitate puse la dispoziție conform angajamentelor de susținere la care ofertantul să aibă acces.

De asemenea prin solicitarea de clarificare transmisă de Comisie în data de 04.10.2022 s-a solicitat **"o prezentare clară a resurselor financiare (doar în cazul (...)), tehnice și profesionale, pe care subcontractanții terț susținători le pun la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea cerințelor respective de calificare din fișa de date a achiziției."** Așa cum arătat mai sus, prin răspunsul la clarificare transmis de ofertant nu s-a specificat nici o resursă financiară, tehnică și/sau profesională care să fie pusă la dispoziția ofertantului. S-a făcut referire prin răspuns doar la cifra de afaceri a subcontractantului (...), dar nu s-a specificat nicăieri că această sumă sau altă valoare este pusă efectiv la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului, cu atât mai puțin modul în care ofertantul poate avea acces la această resursă.

Astfel, în baza celor prezentate mai sus și în baza articolului 140 alineat 4 potrivit căruia *"În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă"*, Comisia consideră că răspunsul primit de ofertant nu este concludent și în consecință declară oferta depusă inacceptabilă.

Prin demersul de față, (...) (...) SRL supune cenzurii de legalitate și temeinicie a organului administrativ de jurisdicție atât măsura respingerii ofertei sale, cât și admiterea ofertelor asocierilor Hill și(...).

În speță, niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește dubla calitate a (...) și (...), atât de subcontractanți, cât și de terți susținători ai (...) (...) SRL, calitate evocată inclusiv de către organizatoarea achiziției în declarația de participare postată în SEAP. Nefiind dispută în această privință, nu este necesară pronunțarea asupra ei de către forul jurisdicțional. Reținând această calitate, intră în domeniul evidenței că (...) și (...) trebuiau să respecte, *cumulativ și întocmai*, totalitatea condițiilor legale și co(...)enționale (din documentația de licitare) aferente atât subcontractanților, cât și terților susținători. Faptul că respectivele societăți din străinătate sunt subcontractante ale ofertantului român nu le scutește de îndeplinirea tuturor cerințelor privind acordarea susținerii, după cum nici faptul că societățile sunt și terți susținători nu le scutește de îndeplinirea tuturor cerințelor privind subcontractarea.

La evaluarea documentelor prezentate odată cu DUAЕ, comisia de evaluare a sesizat anumite omisiuni legate de probarea cu resurse a susținerii asumate de cele două societăți, sens în care i-a solicitat (...) (...) SRL clarificări, prin adresa nr. 25068/04.10.2022:

[...] vă solicităm următoarele clarificări:

Având în vedere solicitarea din fisa de date la secțiunile **III.1.2) Capacitatea economică și financiară și III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:** Dumneavoastră în calitate de ofertant, pentru îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea economică și financiară și la capacitatea tehnică și/sau profesională, vă bazați **și** pe capacitățile subcontractanților (...) și (...) **Sp. z.o.o.** Subcontractanții menționați, sunt declarați și terț susținători, conform Articolului 7 din Acordurile de Subcontractare respective. (...) acordă susținere financiară și tehnică și/sau profesională, iar (...) **Sp. z.o.o.** acordă susținere tehnică și/sau profesională, „pentru îndeplinirea cerințelor/cerinței de calificare din Fișa de Date a Achiziției”. Mai departe, în acordurile de subcontractare se precizează: „În acest sens, punem la dispoziția (...) (...) SRL resursele financiare și **tehnice**/resursele **tehnice** necesare pentru îndeplinirea **integrală**, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.” Conform acordurilor de subcontractare, serviciile subcontractate sunt **Modelare hidraulică și Input pentru capitolul privind detectarea pierderilor de apă din Master Plan**, în valoare de 1,95% din valoarea totală a ofertei, în cazul (...), respectiv **Modelare hidraulică și Input pentru capitolul de modelare hidraulică din Master Plan**, în valoare de 4,09% din valoarea totală a ofertei, în cazul (...) **Sp. z.o.o.**

În formularul DUAЕ partea a IV-a punctul C **CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ**, cei doi subcontractanți și terț susținători menționați au înscris contracte de servicii de modelare hidraulică în principal (Planuri de management risc de inundații, Construcție și calibrare modele ale rețelelor de apă și canalizare și sistem de prognoză a inundațiilor din sistemul de canalizare, Dezvoltarea și utilizarea unui model complex de ecosistem marin).

Cei doi subcontractanți și terț susținători menționați, în Articolul 7 din acordurile de subcontractare respective, se obligă să pună la dispoziția (...) (...) SRL resursele financiare (financiare doar în cazul (...)) și tehnice necesare pentru îndeplinirea **integrală**, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, dar nu și resursele profesionale necesare. Mai mult, din informațiile prezentate în formularul DUAЕ și din acordurile de subcontractare, nu rezultă că subcontractanții - terț susținători au experiența și mijloacele tehnice și profesionale de a sprijini ofertantul pentru „îndeplinirea **integrală**, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică”, aceștia făcând dovada că au resursele tehnice și profesionale necesare doar pentru îndeplinirea activităților subcontractate și care au o pondere totală de doar 6,04% din valoarea contractului. Drept urmare, considerăm că se aplică prevederile art. Art. 56 din HG 394/2016.

În Art. 57 din HG 394/2016, se precizează că în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului, entitatea contractantă solicită ofertantului ca prin actul încheiat cu terț susținătorii să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul angajamentului fenn al terților susținători. În Art. 198 din Legea 99/2016, se precizează că entitatea contractantă solicită ca operatorul economic și terț susținătorii să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului. În acest sens, în contractul de servicii inclus în documentele de licitație, entitatea contractantă a inclus în contract - condiții generale articolele 6.7, 6.8, 6.9.

Având în vedere cele de mai sus, vă rugăm să detaliați Articolul 7 din acordurile de subcontractare cu (...) și respectiv (...) **Sp. z.o.o.**, prin prezentarea unor acorduri de subcontractare modificate sau prin completarea și semnarea formularelor 4 și 5 de către (...), respectiv a formularului 5 de către (...) **Sp. z.o.o.**

Detalierea Articolului 7 din acordurile de subcontractare menționate, trebuie să conducă la o prezentare clară a resurselor financiare (doar în cazul (...)), tehnice **și profesionale**, pe care subcontractanții terț susținători le pun la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea cerințelor respective de calificare din fișa de date a achiziției. De asemenea, subcontractanții terț susținători trebuie să-și asume răspunderea față de entitatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de ofertant, în baza contractului de achiziție publică (deoarece aceștia susțin în acordurile de subcontractare că pun la dispoziția ofertantului toate resursele financiare și respectiv tehnice, pentru îndeplinirea **integrală**, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică), să renunțe definitiv și irevocabil la dreptul de a (...)joca orice excepție de neexecutare, atât față de Autoritatea Contractanta, cât și față de ofertant, să declare că răspund pentru prejudiciile cauzate entitatii contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în acordul de subcontractare și că vor despăgubi Beneficiarul pentru orice daune, pierderi și cheltuieli (inclusiv taxe și cheltuieli de judecata)

suportate de Beneficiar în cazul în care nu respectă obligațiile asumate prin acordul de subcontractare sau îndeplinesc aceste obligații în mod defectuos, să-și asume că ofertantul și terții susținători vor răspunde solidar pentru executarea contractului.

Sublinierile din text aparțin entității autoare a solicitării, solicitare care nu a fost și nici nu este atacată prin contestația aflată pe rol de către (...) (...) SRL, prin care este criticat în mod exclusiv rezultatul evaluării ofertelor, a cărei anulare este cerută. Astfel fiind, excepția tardivității atacării adresei nr. 25068/04.10.2022 este respinsă de către Consiliu.

În urma primirii adresei, ofertatul a transmis răspunsul nr. 831/10.10.2022, potrivit căruia:

Urmare a celor solicitate de dumneavoastră prin adresa nr. 25068/04.10.2022 vă aducem respectuos în vedere faptul că susținerea acordată de societățile (...) z.o.o, respectiv (...) s-a făcut în conformitate cu prevederile art. 196 din Legea 99/2016.

Astfel, conform art. 196 din Legea 99/2016 alin. „(3) în cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională i(...)ocând 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 entității 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.** Alin. (4) **Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte 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, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.**”

Conform prevederilor Art. 55 din HG 394/2016 alin. „(1) In cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională i(...)ocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele i(...)ocate. **Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajament ferm.** Alin. (2) Entitatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) **terțul/terții susținător(i)** pot dovedi că dețin resursele i(...)ocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra **că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.**”

Astfel, conform celor de mai sus precum și a celor precizate în îndrumarul privind privind instituția "terțului susținător" așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 25.01.2022 publicat pe site-ul ANAP (<http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2022/01/Indrumare-tert-sustinator-25.01.2022.pdf>) concluzionăm faptul că implicarea și susținerea efectivă a terțului susținător, pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, se poate concretiza:

- fie prin mobilizarea și implicarea resurselor umane și tehnice ale terțului susținător în execuția contractului de achiziție publică/sectorial (caz în care este necesar ca terțul/terții susținător(i) să poată dovedi că dețin resursele i(...)ocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului; respectiv ofertantul/candidatul să poată demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant);

- fie prin asumarea de către terț a rolului de subcontractant (caz în care acordul de subcontractare ține loc de angajament ferm)".

În acest sens, pentru subcontractanții (...) z.o.o, respectiv (...) subscrisa am prezentat în cadrul ofertei Acordurile de subcontractare, în conformitate cu prevederile legislative și a îndrumarelor publicate de ANAP.

Pentru dovedirea faptului că (...) dispune de resursele financiare pe care le-a declarat, respectiv situațiile financiare din care rezultă acumularea unei cifre de afaceri de **269.303.396,63 lei fără TVA**, transmitem atașat prezentei Rezumatul situațiilor financiare pentru 2019, 2020 și 2021, pentru (...) prin care se poate observa că veniturile înregistrate de societate numai în anul 2021 sunt de 54.689.000 euro (269.091.756 lei), aspect ce demonstrează existența capacității financiare depline pe care tertul susținător -subcontractant o are, în sensul celor mai sus exprimate. Astfel, rezulta fara echivoc, ca (...) are capacitatea de a susține cash-flow-ului necesar derulării contractului, aceasta reprezentând și acoperind în fapt calitatea acestuia de susținător pentru îndeplinirea **integrala** reglementara și la termen a contractului sectorial.

În cazul în care considerați că sunt necesare informații/clarificări suplimentare cu privire la cele clarificate mai sus sau cu privire la oferta depusă de compania noastră, vă stăm la dispoziție și vom răspunde acestor solicitări punctuale transmise de dumneavoastră pentru procesul de evaluare.

Suprapunând acest răspuns solicitării entității contractante, Consiliul observă că el nu acoperă cerințele exprese ale (...) SA, motiv pentru care, în mod judicios, organizatoarea a considerat neconcludent răspunsul, prin prisma art. 140 alin. (4) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*

Esențial de observat în speță este că (...) (...) SRL, dincolo de orice aprecieri de ordin legal sau exterioare legii, neatacând solicitarea nr. 25068/04.10.2022 era ținut să răspundă strict la obiect acesteia, astfel cum a pretins organizatoarea achiziției. Cu alte cuvinte, indiferent de propriile opinii legate de statutul și dovedirea accesului la resurse ale susținătorilor, (...) (...) SRL avea obligația de a se conforma întocmai solicitării primite de la (...) SA, pe care a ales să nu o conteste în termenul legal. Dacă solicitarea exceda dispozițiilor legii, ofertanta avea la îndemână contestarea acesteia, în caz contrar revenindu-i obligația de compliance.

Consiliul nu tăgăduiește că, pentru ipoteza de față, acordurile de subcontractare nr. 380 și 381/02.05.2022 reprezintă, în același timp, angajament ferm de susține, raportat la textul art. 55 alin. (1) din normele metodologice anterior referite, însă, pe de altă parte, acest text nu îl exonerează pe (...) (...) SRL de obligația conformării la solicitarea necontestată primită de la autoritate și, din perspectiva organului jurisdicțional, nici de obligația probării resurselor necesare din parte terților declarați.

Este cert că atât (...), cât și (...), în cele două acorduri semnate alături de (...) SRL, au declarat textual că pun la dispoziția acestuia din urmă „*resursele tehnice [financiare și tehnice în acordul nr. 381] necesare pentru îndeplinirea **integrală**, reglementară și la termen a **contractului de achiziție publică***”, însă au omis a le indica.

Începând cu anunțul de participare, entitatea contractantă a prevenit operatorii economici, între altele:

Odata cu depunerea DUAЕ se va prezenta angajamentul tertului, respectiv Formular nr. 5 - Angajament ferm privind sustinerea tehnica a ofertantului/grupului de operatori economici.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții va confirma 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). Împreună cu angajamentul de sustinere, ofertantul are obligatia sa prezinte documente transmise acestuia de catre tert/tertii sustinatori, din care sa rezulte modul efectiv prin care tertul/tertii sustinator(i) va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Nedepunerea odata cu oferta, a angajamentului ferm al tertului sustinator din care rezulta modul efectiv in care se va materializa sustinerea acestuia, sau dupa caz, a acordului de subcontractare si/sau acordului de asociere, constituie temei pentru solicitarea de clarificari pentru eventualele inadvertente de forma ale informatiilor de forma cuprinse in sectiunile DUAЕ, atat ale ofertantului cat si ale subcontractantului/tertului sustinator, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfasurarea corespunzatoare a procedurii de atribuire.

Văzând că (...) și (...) nu au inclus în oferta (...) SRL formularele aferente terților susținători (nr. 4 și 5), cuprinzând clauzele specifice lor, *diferite* de cele ale acordurilor de subcontractare, precum și declarația textuală redată mai sus, de punere la dispoziție a resursele necesare pentru îndeplinirea *integrală* a contractului, în mod legal și întemeiat achizitoarea a cerut clarificări ofertantului, punându-i în vedere „*prezentarea unor acorduri de subcontractare modificate sau prin completarea și semnarea formulelor 4 și 5 de către (...), respectiv a formularului 5 de către (...) Sp. z.o.o*”. A atenționat autoritatea că este necesară „*prezentare clară a resurselor financiare (doar în cazul (...)), tehnice și profesionale, pe care subcontractanții terț susținători le pun la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea cerințelor respective de calificare din fișa de date a achiziției*”. De asemenea, subcontractanții terți susținători trebuie să își asume răspunderea față de entitatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de ofertant, în baza contractului de achiziție publică (deoarece aceștia susțin în acordurile de subcontractare că pun la dispoziția ofertantului toate resursele financiare și respectiv tehnice, pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică), să renunțe definitiv și irevocabil la dreptul de a (...)oca orice excepție de neexecutare, atât față de entitatea contractantă, cât și față de ofertant, să declare că răspund pentru prejudiciile cauzate entității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în acordul de subcontractare și că vor despăgubi beneficiarul pentru orice daune, pierderi și cheltuieli (inclusiv taxe și cheltuieli de judecată) suportate de

beneficiar în cazul în care nu respectă obligațiile asumate prin acordul de subcontractare sau îndeplinesc aceste obligații în mod defectuos, să-și asume că ofertantul și terții susținători vor răspunde solidar pentru executarea contractului.

Tratând cu superficialitate solicitarea expresă a entității i(...)estitoare, (...) (...) SRL nu doar că nu a contestat-o, ci a și răspuns neconcludent acesteia, respectiv:

- nu a prezentat acorduri de subcontractare modificate;
- nu a prezentat formularele nr. 4 și 5;
- nu a prezentat clar resursele financiare/tehnice și profesionale pe care subcontractanții terț susținători le pun la dispoziția ofertantului;
- terții susținători nu și-au asumat răspunderea față de entitatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de ofertant, în baza contractului de achiziție sectorială;
- terții susținători nu au renunțat definitiv și irevocabil la dreptul de a i(...)oca orice excepție de neexecutare, atât față de entitatea contractantă, cât și față de ofertant;
- terții susținători nu au declarat că răspund pentru prejudiciile cauzate entității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în acordul de subcontractare;
- terții susținători nu au declarat că vor despăgubi entitatea beneficiară pentru orice daune, pierderi și cheltuieli (inclusiv taxe și cheltuieli de judecată) în cazul în care nu respectă obligațiile asumate prin acordul de subcontractare sau îndeplinesc aceste obligații în mod defectuos;
- terții susținători nu au asumat că răspund solidar cu ofertantul pentru executarea contractului.

Ansamblul acestor informații nu se regăsesc nicăieri în răspunsul nr. 831/10.10.2022, iar simpla redare în cuprinsul acestuia a anumitor texte normative și i(...)ocarea unei „îndrumări ANAP” fără număr și fără dată, neasumată de niciun semnatar și nepublicată în Monitorul Oficial al României, deci fără valoare de act normativ, nu erau în măsură să îl exonereze pe ofertantul (...) (...) SRL de obligația de a se conforma întocmai solicitării nr. 25068/04.10.2022, pe care a preferat să nu o conteste.

Nici măcar i(...)ocarea „acumulării unei cifre de afaceri de 269.303.396,63 lei fără TVA” nu constituie o dovadă că (...) îi pune la dispoziție (...) (...) SRL această sumă sau alta, neindicată de ofertant.

Se cuvine a fi notat, cu titlu colateral, că și dacă s-ar trece peste obligația de a răspunde întocmai solicitării primite de la (...) SA, nici textul art. 55 nu vine în sprijinul pledoariei contestatoarei, ci dimpotrivă:

Art. 55. - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională i(...)ocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se **confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului**

resursele i(...)ocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care **acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.**

(2) Entitatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, dacă sunt îndeplinite **în mod cumulativ** următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele i(...)ocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

Interpretarea sistematică și funcțională a textului nu conduce la concluziile că acordul de subcontractare ce reprezintă și angajament ferm nu ar trebui să confirme că subcontractantul terț susținător pune la dispoziția ofertantului resursele necesare (precum cele i(...)ocate de (...) și (...) în acordurile nr. 380 și 381/02.05.2022 pentru îndeplinirea integrală a contractului) i(...)ocate și că cele două condiții diferite de la alin. (2) nu ar trebui îndeplinite *cumulativ*. Evident, dacă susținerea corespunde strict părții din contract pe care subcontractantul o execută în locul ofertantului, nu mai este necesar ca ofertantul să demonstreze că va dispune efectiv de resursele subcontractantului susținător, din moment ce partea din contract aferentă susținerii o execută chiar subcontractantul, nu ofertantul. Exemplul furnizat de entitatea contractantă la pag. 18 din punctul de vedere asupra contestației este grăitor. Subcontractarea unui fragment insignifiant dintr-un contract amplu secundată de susținerea capacității ofertantului pentru îndeplinirea întregului contract nu îl scutește pe ofertant de precizarea și probarea dispunerii de la propriul susținător a tuturor resurselor necesare acestei îndepliniri integrale.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod temeinic și legal entitatea achizitoare a respins oferta (...) (...) SRL, ca inacceptabilă, pentru neconcludența răspunsului de clarificare, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul evaluării ofertei și nici pentru obligarea entității la reevaluarea ofertei.

Nefondate sunt și criticile referitoare la admiterea ofertelor concurente.

Se afirmă superficial că oferta aparținând asocierii(...) nu a inclus formularul nr. 16 și că entitatea contractantă a solicitat nepermis depunerea acestuia, în loc să excludă oferta asocierii, afirmație pe care Consiliul nu o validează decât parțial. Într-adevăr, la pct. IV.4.2 *Modul de prezentare al propunerii financiare* din fișa de date a achiziției, organizatoarea a indicat că propunerea financiară va conține și „O *declarație pe proprie răspundere privind acceptarea în totalitate a clauzelor contractuale obligatorii (Conditii generale, Acord Contractual) – Formular nr. 16.*”

Acest formular constituie o declarație de acceptare a condițiilor contractuale, pe care organizatoarea, sesizându-i absența din ofertă, l-a cerut asocierii(...) prin adresa nr. 28987/03.11.2022, iar asocierea l-a anexat răspunsului nr. OF148/03.11.2022:

Subsemnatul, ..., reprezentant legal al(...), cu sediul în în nume propriu și în numele asocierii..... –(...) (...), declar că suntem de acord (fara rezerve sau restrictii) cu clauzele contractuale (Acord contractual si Conditii Contractuale) comunicate de Entitatea Contractantă in Documentatia de atribuire și ne obligăm să respectăm toate obligațiile menționate în conținutul acestora.

Prevederile art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, secondate de cele ale art. 140 alin. (1) și art. 141 din normele de aplicare a legii nu doar că permit solicitarea acestei declarații, ci chiar obligau entitatea să o solicite în cazul constatării absenței din ofertă, asimilată unui viciu de formă.

Art. 221. - (1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori **în cazul în care lipsesc anumite documente**, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

Art. 140. - (1) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și **completărilor formale sau de confirmare** necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum o zi lucrătoare.

Art. 141. - (1) În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului **corectarea viciilor de formă** cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau **omisiuni** din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Depunând oferta de contractare fără obiecții, se prezuma relativ (până la proba contrară) că asocierea(...) este de acord cu toate clauzele contractuale. Declarația-formular nr. 16 nu face decât să confirme acest acord și nu avantajează în niciun fel asocierea în raport cu competitorii ei. De altminteri, contestatoarea nu relevă niciun avantaj pe care (...) SA l-ar fi adus asocierii prin acceptarea declarației confirmative, față de propria situație a contestatoarei, mai cu seamă că inclusiv acesteia i-au fost cerute clarificări/documente (cum sunt, de exemplu, formularele 4 și 5).

Relativ la critica asupra evaluării ofertei asocierii Hill, din perspectiva clauzelor documentației de atribuire, în speță a cerințelor din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției:

Operatorii economici ce depun oferta trebuie sa dovedeasca o forma de inregistrare in conditiile legii din tara de rezidenta, din care sa reiasa ca operatorul economic este legal constituit, ca nu se afla in niciuna dintre situatiile de anulare a constituirii **precum si faptul ca are capacitatea profesionala de a realiza activitatile care fac obiectul contractului.**

[...]

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, respectiv **Certificat constatator emis de ONRC din care sa reiasa ca ofertantul are in domeniul de activitate activitati ce fac obiectul prezentului contract**, sau in cazul ofertantilor straini, documente echivalente emise in tara de rezidenta care dovedesc o forma de inregistrare/atestare sau apartenenta din punct de vedere profesional, din care sa reiasa ca **ofertantul are in domeniul de activitate activitatea principală ce face obiectul prezentului contract** urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor. Informatiile din certificatul constatator trebuie sa fie reale/valide la data prezentarii acestuia.

Documentația nu specifică vreo condiție de corespondență a codurilor CPV cu codurile CAEN ale ofertanților, situație în care aceștia nu pot fi sancționați cu excluderea pe acest motiv. În plus, furnizarea echipamentelor dronă, pluviometre, debitmetre constituie o activitate secundară a obiectului contractului și care se încadrează în categoria operațiunilor comerciale comune și fără caracter de continuitate pentru un antreprenor în domeniul ingineriei și studiilor tehnice, față de care (...) SRL nu a argumentat și nici probat că membrii asocierii Hill nu pot livra acele echipamente în absența unei certificări sau autorizări anume. Executarea complexului contract de servicii presupune numeroase activități adiacente, iar a pretinde coduri CAEN pentru toate aceste activități (unele insignifiante ca pondere și/sau valoric) ar duce la o sarcină exorbitantă pentru operatorii economici interesați și la restrângerea concurenței, în dezacord vădit cu scopul legislației achizițiilor sectoriale.

În speță, ponderea furnizării echipamentelor menționate nu are o importanță semnificativă, context în care prezintă relevanță și cele statuate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în recenta Hotărârea din 26 ianuarie 2023, (...) Construct, C-403/21, EU:C:2023:47, punctele 60-62:

60. Fiind cel mai bine plasată pentru a evalua propriile nevoi, autorității contractante i

s-a recunoscut de către legiuitorul Uniunii o largă putere de apreciere cu ocazia stabilirii

criteriilor de selecție, fapt demonstrat în special de utilizarea recurentă a verbului „a putea” la articolul 58 din Directiva 2014/24. Astfel, în conformitate cu alineatul (1) al acestui articol, aceasta beneficiază de o anumită marjă de apreciere pentru definirea condițiilor de participare la o procedură de atribuire a unui contract pe care le consideră ca având legătură și fiind proporționale cu obiectul contractului și de natură să garanteze că un candidat sau un ofertant dispune de capacitate juridică și financiară, precum și de competențele tehnice și profesionale necesare pentru executarea contractului care urmează să fie atribuit. Mai precis, potrivit alineatului (4) al articolului menționat, autoritatea contractantă apreciază în mod liber condițiile de participare pe care le consideră proprii, din punctul său de vedere, pentru a garanta în special executarea contractului la un nivel de calitate pe care îl estimează ca

adekvat (Hotărârea din 31 martie 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C-195/21,

EU:C:2022:239, punctul 50).

61. În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-un caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

62. I(...), autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de selecție. O atare alegere s-ar putea explica în special prin faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar putea prefera de asemenea să menționeze aceleași obligații în cadrul condițiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea

din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punctele 88 și 89).

În speță, (...) SA recunoaște că nu a impus anumite coduri CAEN pentru activitățile secundare, recunoaștere dedusă și din circumstanțierea: „*ofertantul are în domeniul de activitate activitatea principală ce face obiectul prezentului contract*”.

Nefondate sunt și criticile vizând pretinsa lipsă de profesionalism a entității în evaluarea ofertelor, critici care nu sunt demonstrate și nici însoțite de dovada producerii sau a potențialei produceri a unei vătămări asupra ofertei (...) (...) SRL, în condițiile în care a fost confirmată mai sus legalitatea și temeinicia respingerii ei.

Similar, sunt nefondate și celelalte excepții ridicate de entitatea achizitoare, a tardivității atacării documentației de atribuire (întrucât contestatoarea nu atacă documentația), a lipsei de interes în formularea contestației (întrucât neatacarea adresei nr. 25068/ 04.10.2022 nu atrage lipsa de interes în contestarea respingerii ulterioare a ofertei sau a admiterii celor concurente) și a nulității contestației din cauza nerespectării prevederilor art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016 (Consiliul a apreciat că informațiile din cuprinsul contestației îi sunt suficiente pentru a se pronunța asupra ei).

În considerarea celor evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și în limita criticilor formulate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația (...) (...) SRL nr. 11/ 03.01.2023, în contradictoriu cu (...) SA, inclusiv în ceea ce privește capătul de cerere

de obligare a acesteia din urmă la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației [nefiind parte care a pierdut procesul - art. 453 alin. (1) C. proc. civ.].

Analiza actului atacat al entității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor i(...)ocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine entității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor stabilite în documentația de atribuire.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând asocierii Hill, Consiliul ia act că această asocierie are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP (04.01.2023) a contestației (...) (...) SRL în cadrul secțiunii specifice a anunțului de participare nr. CN1039030/ 05.02.2022, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Cererea este accesorie, de intervenție în favoarea entității contractante, și se circumscrie art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016 – *„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 cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.”* Tardivitatea pe care o pretinde (...) (...) SRL nu se confirmă, întrucât sunt aplicabile dispozițiile art. 5 din Legea nr. 101/2016:

(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

Cum cele zece zile de la data postării contestației în SEAP au expirat sâmbătă - 14.01.2023, termenul a fost prelungit până luni - 16.01.2023.

Față de cele stabilite mai sus, Consiliul apreciază fondată respectiva cerere de intervenție, motiv pentru care o va admite, în limita considerentelor reținute anterior.

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

Respinge, ca nefondată, contestația (...) (...) SRL nr. 11/03.01.2023, în contradictoriu cu (...) SA, inclusiv în ceea ce privește capătul de cerere de obligare a acesteia din urmă la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 9/16.01.2023, depusă de asocieria (...) (...), Proiect (...) SRL și (...) (...).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.