

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

DECIZIE

Nr. 1265/C1/1104

Data: 07.06.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21807/24.04.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în, ..., str. ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată convențional de avocat Alexe Călin-Costică, cu sediul procesual ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în, formulată împotriva raportului procedurii nr. 1/3850/12.04.2023, precum și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1/3854/ 12.04.2023, emise de către autoritatea contractantă, cu sediul în, str. ... județul, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Achiziție echipamente specializate (inclusiv punerea montajul și punerea în funcțiune) pentru investiția: «Construire planetariu și spații recreative în Orașul»», cod CPV32322000-6, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante de a permite studierea propunerii tehnice și financiare a ofertantului declarat câștigător SRL, precum și a eventualelor solicitări de clarificări și răspunsuri;
- anularea raportului procedurii nr. 1/3850/12.04.2023;
- anularea tuturor actelor subsecvente raportului procedurii nr. 1/3850/12.04.2023, inclusiv a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1/3854/12.04.2023 și a deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SRL, cu luarea în considerare a dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice și cu consecința respingerii ofertei respective ca inacceptabilă și neconformă;
- stabilirea și comunicarea unui nou rezultat al procedurii de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale în materie.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /09.05.2023, SC SRL, cu sediul în, ..., ..., județul, având

CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea cererii de intervenție și respingerea ca neîntemeiată a contestației.

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

Preliminar, contestatorul precizează că ulterior evaluării ofertelor depuse, autoritatea contractantă a publicat SICAP, raportul procedurii nr. 1/3850/12.04.2023 precum și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1/3854/12.04.2023, potrivit căreia oferta depusă a fost

declarată admisibilă, fiind clasată pe locul 2, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de SRL cu terț susținător ...SRL, cu oferta financiară în valoare de 7.590.200 lei, fără TVA, durată de livrare de 180 zile/6 luni de la data primirii notei de comandă și o garanție suplimentară oferită de 36 luni.

Precizează că în baza art. art. 217 alin. (6) din Legea 8/2016 a solicita autorității contractante să îi permită accesul al dosarul achiziției publice, aceasta permițându-i accesul parțial, fără a-i pune la dispoziție oferta declarată câștigătoare.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea 8/2016, coroborat cu cele ale art. 57 alin. (4) din Legea 8/2016, refuzând în mod nelegal studierea propunerii tehnice și financiare, a eventualelor solicitări de clarificări legate de acestea și a eventualelor răspunsuri ale ofertantului SRL.

1. În ceea ce privește confidențialitatea ofertei declarate câștigătoare, contestatorul precizează că la dosarul achiziției publice se regăsește o simplă declarație semnată electronic de administratorul SRL la data de 10.02.2023, din care rezultă în esență că: (i) întreaga ofertă tehnică și întreaga ofertă financiară a ofertantului respectiv au caracter confidențial și (ii) că ofertantul SRL ar fi încheiat un pretins acord de confidențialitate cu ...SRL, subliniind că, în sensul dispozițiilor legale mai sus invocate, caracterul confidențial nu trebuia doar declarat, ci și probat.

2. Ofertantul SRL nu a depus în termenul indicat de autoritatea contractantă, până la data de 24.03.2023, odată cu restul documentelor justificative ale DUAЕ, următoarele documente: (i) certificatele de cazier judiciar pentru membrii organelor de conducere a terțului susținător ...și (ii) certificatele fiscale sau declarațiile pe propria răspundere/autentice vizând absența datoriilor la bugetele locale pentru același terț susținător

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) și ale art. 209 alin. (2) din Legea 8/2016 și pe cele ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, în sensul că în loc să respingă ca inacceptabilă oferta SRL, a transmis acestui ofertant, în mod repetat și nelegal, noi solicitări de clarificări, prin care i-a reiterat solicitarea de transmitere a documentelor respective, creându-i astfel un avantaj injust și permițându-i în mod nelegal să evite respingerea ofertei sale ca inacceptabilă.

Astfel, raportat la solicitările din anunțul de participare, secțiunea III.1.1 Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, arată că, în cuprinsul DUAЕ depus odată cu oferta, ofertantul ... SRL a

precizat în mod expres că participă la procedură având pe ...ca terț susținător sub aspectul experienței similare.

Prin adresa de solicitare clarificări nr. 1/2924/17.03.2023, având în vedere dispozițiile art. 196 alin. (2) din Legea 8/2016, autoritatea contractantă a solicitat în mod expres ofertantului SRL: „prezentarea, în termen de 5 zile lucrătoare, respectiv, până la data de 24.03.2023 inclusiv, a documentelor justificative care probează îndeplinirea cerințelor asumate prin completarea DUAЕ”, menționând în mod expres printre aceste documente inclusiv: (i) cazierul judiciar

pentru membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere și (ii) certificat fiscal buget de stat și buget local.

Conform certificatului constatator datat 10.03.2023, depus de către ofertantul SRL odată cu documentele justificative DUAE, contestatorul precizează că organele de conducere ale terțului susținător, pentru care exista deci obligativitatea prezentării certificatelor de cazier judiciar, includ următoarele persoane: - Președinte; - Director General; - Director General; - Revizor contabil titular.

Contestatorul menționează că, așa cum s-a consemnat în mod expres la pct. 4 și 5 de pe pag. 5 și 6 ale Procesului- verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 1/3844/11.04.2023, ofertantul SRL nu a transmis în termenul indicat de autoritate, următoarele documente esențiale legate de tertul susținător: certificatele de cazier judiciar pentru persoanele de conducere din cadrul ...- respectiv, pentru (Director general), ... (Director general), ... (Revizor contabil titular), la care se adaugă, deși nu a fost menționat de autoritatea contractantă, și (Președinte); certificat privind lipsa de datorii la bugetul local (pentru sediul social și punctele de lucru) pentru terțul susținător

Contestatorul arată că prin adresa nr. 1/3320/30.03.2023, autoritatea contractantă solicită ofertantului în cauză, solicitări de clarificări cu privire la certificatele de cazier judiciar pentru persoanele de conducere din cadrul ...SRL, precum și cu privire la certificatul privind lipsa de datorii la bugetul local.

De asemenea, arată că din același proces verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 1/3844/11.04.2023, rezultă că ofertantul SRL a răspuns doar parțial noii solicitării de clarificări, depunând la data de 05.04.2023 doar următoarele documente: certificate de cazier judiciar pentru, ...- ... și; adresă emisă la ... în data de 24.03.2023 de, în calitate de Președinte al, din care rezultă că nu ar fi înscris în evidențele cazierului judiciar.

Arată că nu s-a depus, nici de această dată, de către ofertantul SRL certificatul privind lipsa de datorii la bugetul local (pentru sediul social și punctele de lucru ale ...și/sau declarația notarială aferentă, expres cerute de autoritatea contractantă prin adresa de solicitare clarificări nr. 1/3320/30.03.2023.

Mai mult, arată că, deși:

- autoritatea contractantă a precizat în mod expres în adresa de solicitare clarificări nr. 1/3320/30.03.2023, că, în situația în care

autoritățile statului de proveniență nu emit astfel de certificate, se vor admite declarații autentificate notarial (și nu pe propria răspundere);
- ofertantul SRL nu a contestat adresa de solicitare clarificări nr. 1/3320/30.03.2023, acceptând solicitările autorității contractante,
adresa emisă de Președintele, dl. la ... la data de 24.03.2023, prin care acesta a „mărturisit pe propria onoare că nu este înscris în evidențele departamentului de cazier judiciar” nu satisface nici cerințele legale, nici pe cele ale autorității contractante, deoarece:

(i) din moment ce se menționează în adresa d-lui că nu este înscris în evidențele departamentului de cazier judiciar, este cert că există un departament de cazier judiciar și că, implicit, se poate emite și un certificat de cazier judiciar. Or, un astfel de certificat de cazier judiciar nu s-a prezentat pentru dl., iar declarația putea fi folosită numai dacă nu era posibil din punct de vedere legal emiterea certificatului de cazier;

(ii) adresa emisă de dl. la ... pe 24.03.2023 reprezintă, așa cum rezultă din chiar cuprinsul său expres, o simplă mărturie/depoziție („mărturisesc pe propria onoare”) și nu o veritabilă declarație pe propria răspundere;

(iii) în plus, adresa/mărturia d-lui nu este autenticată la notar, așa cum a solicitat, în mod expres, autoritatea contractantă prin adresa de solicitare clarificări nr. 1/3320/30.03.2023. Documentul respectiv poartă o simplă încheiere de legalizare semnătură, aplicată la St. ... (Loire) de către notarul public, legalizare de semnătură care însă, așa cum rezultă în mod clar din actul respectiv, vizează semnătura directorului general și nicidecum pe cea a dlui

Arată că, ulterior, persistând în favorizarea nelegală a ofertantului SRL, autoritatea contractantă i-a transmis acestuia, prin adresa nr. 1/3749/10.04.2023, o nouă solicitare de clarificări, prin care i-a solicitat în mod expres următoarele: „Cu privire la certificatul privind lipsa de datorii la bugetul local (pentru sediul social și punctele de lucru ale ...- CIF: VAT444574610), acesta nu a fost regăsit în documentele emise. Vă solicităm să îl transmiteți. În cazul în care, în statul de proveniență, nu se eliberează aceste tipuri de certificate, solicităm să transmiteți o declarație notarială, conform indicațiilor din fișa de date a achiziției”. Astfel, autoritatea contractantă a reiterat și prin adresa nr. 1/3749/10.04.2023 solicitarea similară deja transmisă anterior ofertantului SRL prin adresa nr. 1/3320/30.03.2023. Abia urmare primirii noii solicitări de clarificări menționate la pct. 26 de mai sus, ofertantul SRL a transmis prin SICAP, la data de 11.04.2023, o declarație dată de, în calitate de director general al, prin care a menționat că autoritățile franceze nu eliberează documente privind lipsa datoriilor la bugetele locale și că ...nu are niciun fel de debite de natură fiscală.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul invocă dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, art. 209 alin. (2) din legea 8/2016.

3. Contestatorul susține că oferta tehnică depusă de SRL este incompletă, lipsind din aceasta; (i) declarația pe propria răspundere a ofertantului din care să rezulte faptul că la elaborarea ofertei, a ținut cont de obligațiile referitoare la condițiile privind protecția muncii care

sunt în vigoare în România precum și că le va respecta și (ii) detalierea modalității și operațiunilor de mentenanță a echipamentelor.

Astfel, în opinia sa, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile 215 alin. (5) din Legea 8/2016, precum și pe cele ale art. 2 alin. (2) lit a) și b) din Legea 8/2016 și pe cele ale art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, prin faptul că, în loc să respingă ca neconformă oferta SRL, a transmis acestui ofertant, în mod nelegal, solicitarea de clarificări nr. 1/2480/07.03.2023, prin care i-a permis să completeze lipsurile din propunerea tehnică,

creându-i astfel un avantaj injust și permițându-i în mod nelegal să evite respingerea ofertei sale ca neconformă.

Lipsa acestor documente și informații esențiale din propunerea tehnică a ofertantului SRL este atestată chiar de către autoritatea contractantă în cuprinsul Procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz, cu factorii de evaluare nr. 1/2551/09.03.2023, în cuprinsul căruia, la pct. 7 și 8 de pe pag. 14, în legătură cu evaluarea propunerii tehnice a SRL, s-au consemnat următoarele: „la pct. 7 - în cadrul propunerii tehnice nu a fost regăsită declarația ofertantului SRL privind respectarea reglementărilor obligatorii din domeniul mediului, social, al relațiilor de muncă și securitate și sănătate în muncă”; la pct. 8 „în conformitate cu prevederile caietului de sarcini se solicită să se indice modalitatea și operațiunile de mentenanță a echipamentelor”. Astfel, ofertantul SRL a transmis, prin intermediul unui răspuns la solicitarea de clarificări, documentul și informațiile lipsă din oferta tehnică, evitând astfel respingerea ofertei sale.

4. Declarațiile date cu referire la documentele justificative DUAE ale terțului susținător ...SRL nu satisfac cerințele autorității contractante, nefiind autentificate de către un notar public.

Cu referire la adresele de solicitare de clarificări nr. 1/2924/17.03.2023 și nr. 1/3320/30.03.2023, referitor la documentele justificative DUAE ale terțului susținător ...SRL, contestatorul arată că ofertantul declarat câștigător a depus ca răspuns următoarele documente:

- Declarația cu denumirea „...Declarație de antecedente penale”, datată 23.03.2023, purtând semnătura Directorului general, din care rezulta că nu există certificate de cazier judiciar pentru companii în Franța și că ...nu ar avea acuzații penale anterioare sau în derulare și nu ar fi fost condamnată penal;
- Declarația datată 23.03.2023, purtând semnătura Directorului general, din care rezultă că în Franța nu există un certificat de registru de infracțiuni pentru companii;
- Adresa datată 24.03.2023, semnată la ... și purtând semnătura Președintelui, prin care acesta din urmă „mărturisește pe propria onoare” că nu este înscris în evidențele departamentului de cazier judiciar.

Contestatorul precizează că niciunul din documentele/declarațiile menționate mai sus nu satisface cerința de a fi declarații autentificate notarial, întrucât:

- toate cele trei documente poartă exclusiv o simplă încheiere de legalizare a semnăturii d-lui aplicată de notarul public, aspect evident prin simpla raportare la conținutul acestei încheieri, conform

căreia: „Je sousignee Ms ... notaire a St-... (Loire), certifie sincere et veritable et comme emanant bien de M la siganture apposee ci contre. Fait a St. ...”. Așadar, este vorba despre o simplă legalizare a semnăturii și nu despre o încheiere de autentificare notarială;

- în cuprinsul niciunuia din cele patru documente nu se precizează că a fost emis de către emitent pe proprie răspundere, cunoscând riscurile răspunderii penale pentru fals;

- documentul datat 24.03.2023, emis la ... și semnat de către Președintele este un simplu document semnat olograf, care nu

îndeplinește condițiile pentru a fi considerat act autentic, motivat de faptul că are în conținut o simplă încheiere de legalizare semnătură, emisă de același notar la St. ..., care însă nu vizează nici măcar semnătura emitentului actului, adică a Președintelui, ci a Directorului general Or, încheierea notarială, care ar fi trebuit, oricum, să fie una de autentificare (și nu de legalizare semnătură) ar fi trebuit să îl vizeze pe declarant, adică pe dl. și nu pe, care nu este emitentul actului și care nu avea nicio rațiune să-l semneze;

- primele două documente (declarații) menționate mai sus sunt întocmite în limba română. Este cert așadar că nu poate fi vorba despre vreo autentificare a lor de către notarul francez, cât timp conținutul lor nu îi era cunoscut. Notarul s-a limitat doar la a legaliza semnătura d-lui, fără a verifica conținutul actelor.

5. Oferta SRL trebuia respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât nu îndeplinește cerințele minime de calificare.

Contestatorul precizează că prin adresa de solicitare clarificări nr. 1/1724/15.02.2023, a precizat în mod expres că documentele referite în respectiva adresă, depuse odată cu oferta, nu sunt semnate de către reprezentantul legal al terțului susținător, ci doar de către administratorul ofertantului SRL. În plus, nici măcar DUAE-ul depus odată cu oferta pentru terțul susținător ...nu este semnat de către reprezentantul legal al terțului susținător.

Ca urmare a adresei de solicitare de clarificări nr. 1/1724/15.02.2023, ofertantul SRL, prin răspunsul la clarificări nr. 288/ 17.02.2023, a transmis atât declarațiile, cât și DUAE-ul semnate electronic de reprezentantul legal al, ... Toate semnăturile pe documentele emise pentru ... Comsos (a se vedea în acest sens, cu titlu de exemplu, DUAE-ul revizuit pentru, semnat electronic de la data de 16.02.2023, ora 19.23), sunt aplicate ulterior datei depunerii ofertelor (10.02.2023).

În consecință, având în vedere că nici DUAE, nici restul documentelor menționate mai sus nu erau semnate de către reprezentantul legal al terțului susținător, contestatorul apreciază că acestea nu putea fi luate în considerare de către autoritatea contractantă la evaluarea ofertei SRL.

6. Ofertantul SRL nu respectă dispozițiile legale referitoare la terțul susținător și la conținutul concret al angajamentului ferm de susținere.

Contestatorul precizează că Formularul 1 „Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - experiența similară”, depus de către ofertantul SRL odată cu oferta și DUAE este semnat electronic la

data de 02.10.2023, ora 10:41, doar de către ofertantul respectiv, prin reprezentantul său legal. Lipsește de pe documentul esențial respectiv semnătura reprezentantului legal al terțului susținător

Susține că în mod nelegal, folosindu-se de prilejul răspunsurilor la adresa de solicitare clarificări nr. 1/1724/15.02.2023, în baza adresei nr. 288/17.02.2023, ofertantul SRL a depus un nou Formular 1 – „Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - experiența similară”, semnat cu semnătură electronică abia la data de 16.02.2023,

ora 19:09, și de către reprezentantul legal al terțului susținător Un astfel de angajament de susținere, semnat la data de 16.02.2023, după data depunerii ofertelor (10.02.2023), nu poate fi luat în considerare, întrucât ar însemna să i se permită ofertantului completarea ofertei și să-și creeze astfel un avantaj injust.

Totodată, menționează că angajamentul de susținere emis de terțul susținător ...nu satisface cerințele obligatorii ale art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Consideră că nu sunt îndeplinite cerințele legale prevăzute de art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016, în cazul Acordului Angajament Ferm emis de, întrucât:

(i) terțul susținător ...s-a limitat doar la a indica extrem de succint și la modul general că va pune la dispoziția ofertantului SRL „resurse tehnice și profesionale, consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal în limba română pentru implementarea contractului, prin personal specializat din România”;

(ii) terțul susținător ...nu a arătat care ar fi în concret resursele tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziția ofertantului și nici nu a dovedit că le deține, așa cum impun dispozițiile art. 48 alin. (2) lit.a) din Normele metodologice;

(iii) terțul susținător ...nu a dovedit că deține „personalul specializat din România” care va asigura „consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal în limba română pentru implementarea contractului”, la care face referire, cu atât mai mult, cu cât este o companie înregistrată în Franța și nu pe teritoriul României;

(iv) ofertantul SRL nu a demonstrat că va dispune efectiv de resursele entității ...ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, așa cum impun dispozițiile art. 48 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice, cu atât mai mult, cu cât respectivele resurse nici măcar nu au fost indicate de către terțul susținător

7. În continuare, contestatorul apreciază că nu este îndeplinită nici cerința minimă de calificare legată de experiența similară., iar autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări ofertantului respectiv și nicidecum să-l declare ca fiind câștigător.

Astfel, în cazul Contractului nr. 004-200071025-20190927-...9_GG din data de 27.09.2019, aferent planetariului hibrid 8k Haute Provence (menționat la lit. b) de pe pag. 8 a raportului procedurii nr. 1/3850/12.04.2023), în valoare de 4.798.069,01 lei (975.138 EUR, exclusiv TVA), invocat ca și experiență similară, a cărui semnare și începere a executării se situează în afara celor 3 ani anteriori datei depunerii ofertelor, nu există niciun fel de informații sau date certe legate de partea din contract și valoarea acesteia care a fost executată în interiorul celor 3 ani (adică după data de 10.02.2020). Simplul fapt că

recepția planetariului Haute-Provence ar fi avut loc la data de 07.07.2021 nu permite, în niciun caz, luarea în considerare a întregii valori a acestui contract (975.138 EUR) ca și experiență similară.

8. Propunerea tehnică a ofertantului SRL nu satisface cerințele tehnice ale caietului de sarcini și ar fi trebuit respinsă ca neconformă în condițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016. raportat la art. 215 alin. (5) din Legea 8/2016, din următoarele considerente:

- în „Fișa Tehnică nr.1 - Utilajul, echipamentul tehnologic, denumirea: Computer Comanda/ Master Computer”, la pagina 4, penultimul paragraf, este impusă următoarea cerință tehnică obligatorie. „Softurile trebuie să includă o funcție de tip „timeline” similară editoarelor video pentru a putea integra continui de tip imagini, scripturi, imagini 360 grade, într-o cronologie pentru a se putea produce spectacole fulldome de planetariu într-un mod rapid și eficient”;

- funcționalitatea de tip „timeline” a software-ului permite integrarea simplă și rapidă prin procedeul drag&drop a diverselor capturi de simulare 360 grade din software, scripturi, imagini și alte tipuri de conținut (chiar și sunet), similar software-urilor de prelucrare video, cum este de exemplu software-ul „Adobe Premiere”, care oferă acest „timeline” în care se poate adăuga conținut video, imagini, sunet, într-o cronologie care va susține realizarea de filme sau, în cazul software-ului solicitat prin fișa tehnică, realizarea, „producerea de spectacole fulldome de planetariu într-un mod rapid și eficient”;

- în condițiile în care a invocat susținerea acordată de terțul susținător, este cert că ofertantul SRL a utilizat în oferta sa tehnică software-ul ..., care, conform chiar a informațiilor oficiale existente pe website-ul, este software-ul produs și folosit de această companie pentru echipamentele de planetariu.

Subliniază că propunerea tehnică a SRL nu satisface cerința tehnică obligatorie legată de „funcționalitatea timeline”, în condițiile în care software-ul de planetariu ...și modulele sale, incluse în oferta SRL, nu au această funcționalitate.

Arată că software-ul ..., ce aparține terțului susținător, permite doar programare directă (editare pe bază de scripturi), fără a avea funcționalitatea „timeline” cerută de autoritatea contractantă. Orice eventuală referire făcută de SRL în oferta sa tehnică cu privire la funcționalitatea de tip „timeline” de editare a spectacolelor fulldome în cadrul software-ului de planetariu ...în întregime sa, nu se putea face decât cu încălcarea celor menționate în „Declarația de producție curentă” solicitată prin caietul de Sarcini - Cap. III - Descrierea echipamentelor - pg. 4: „Ofertanții vor include în oferta un document emis de către producătorul echipamentelor care să certifice ca modelele echipamentelor sunt în producția curentă”.

Propunerea tehnică a ofertantului SRL nu satisface cerința tehnică esențială din Fișa Tehnică 9 - Stație de producție VR Laptop, parte a formularului F5 și a caietului de sarcini, pag. 40. penultimul paragraf, legată de funcționalitatea esențială de tip „timeline”.

Menționează că funcționalitatea de tip „timeline” este nu doar obligatorie conform specificațiilor tehnice impuse de autoritatea contractantă, ci și esențială pentru stația de producție VR laptop.

Funcționalitatea de editare a spectacolelor fulldome pe bază de timeline este principala menire sau caracteristică a unei stații de producție, fiind necesar ca aceasta să poată produce spectacole fulldome cât mai eficient și mai ușor, având în vedere că nu toți operatorii umani de planetarii sunt programatori sau specializați în programare și în limbajul specific de programare.

În consecință, întrucât SRL nu satisface cerința tehnică obligatorie legată de „Licența de producție în versiunea sa completa compatibilă cu sistemul de proiecție din planetariu, care să permită

editarea spectacolelor full dome pe baza de scripturi și „timeline”, contestatorul consideră că oferta acestuia ar fi trebuit respinsă ca neconformă, în condițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, raportat la art. 215 alin. (5) din Legea 8/2016, și în niciun caz nu trebuia declarată câștigătoare.

Precizează de asemenea că propunerea tehnică a ofertantului SRL nu satisface cerința tehnică din fișa tehnică 10 - Ecran Dom 14 m. parte a formularului F5 și a caietului de sarcini, pag. 41 paragraful 1. cu privire la de „Panourile fațetate individual vopsite”

Astfel, arată că în „Fișa Tehnică nr. 10 - Ecran Dom 14 m, la pagina 41, paragraful 1, se solicită: „Suprafața de proiecție a ecranului domului trebuie să fie compusă din panouri fațetate individuale vopsite”.

Așadar, menționează că cerința tehnică mai sus menționată se refera la panouri individuale vopsite ale ecranului de proiecție, ceea ce presupune că fiecare panou, individual, trebuie să fie vopsit înainte de a fi instalat în locația autorității contractante. Astfel, pentru a putea fi îndeplinită specificația tehnică de mai sus, este necesar ca panourile ce formează suprafața de proiecție să fie livrate deja vopsite și nu nevopsite pentru ca apoi să fie montate/instalate și abia apoi vopsite.

În opinia contestatorului, în condițiile în care a invocat susținerea acordată de terțul susținător, este cert că ofertantul SRL a utilizat în oferta sa tehnică, în partea legată de ecranul dom, inclusiv sub aspectul suprafeței de proiecție, echipamentul ecran dom produs de compania ASTRO-TEC Manufacturing.

Or, așa cum rezultă din broșura „Planetarium Domes - Astro-Tec Manufacturing RO.pdf”, atașată și obținută de pe website-ul oficial al producătorului ASTRO-TEC Manufacturing (<https://astro-tec.com/planetarium-domes/>), în cazul acestuia domul ecran de proiecție din aluminiu perforat de 14 m diametru format din panouri nevopsite va fi vopsit onsite (în locația beneficiarului) pentru a „asigura o calitate deosebită”.

Prin urmare, consideră că soluția ofertantului SRL de a vopsi panourile fațetate individuale ce formează domul ecran de 14m, nu este conformă cu cerința tehnică impusă de Autoritatea contractantă de a se livra panouri individuale vopsite și abia apoi asamblate, sens în care oferta respectivă trebuia respinsă ca neconformă, în condițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, raportat la art. 215 alin. (5) din Legea 8/2016.

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 879/08.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 24513/08.05.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

În ceea ce privește accesul la dosarul achiziției publice, autoritatea contractantă menționează că i s-a permis accesul la dosar în data de 18.04.2023, având acces la documentele care nu erau declarate ca fiind confidențiale.

Pe fondul cauzei, menționează că documentele transmise prin răspunsurile la solicitarea de clarificare au reprezentat completări formale ale ofertei, fără a se putea reține că s-a procedat la modificarea acesteia sau ca i s-ar fi creat un avantaj ofertantului desemnat câștigător.

Menționează de asemenea că așa cum rezultă din analiza procesul verbal de evaluare a documentelor justificative în susținerea DUAЕ, aceste documente au fost prezentate în urma solicitării de clarificări, terțul susținător fiind persoana juridică străină (Franța) legislația și regulile emiterii documentelor fiind diferite.

Arată că după analiza documentelor depuse, comisia de evaluare a ajuns la concluzia că (după analiza extrasului de la Registrul Comerțului din Franța) există mai multe persoane care, în accepțiunea legislației românești, sunt persoane cu funcție de decizie și control, motiv pentru care, s-a revenit cu solicitare de clarificări, solicitându-se și certificate de cazier judiciar pentru o serie de persoane; ofertantul a transmis și aceste certificate de cazier în termenul legal indicat de către comisie, situația fiind clarificată.

Susține totodată că, situația este similară și pentru certificatul fiscal pentru lipsa datoriilor de la bugetul local, legislația franceză prevăzând certificat de la un singur buget, bugetul consolidat al statului neexistând un certificat separat pentru bugetul local.

În ceea ce privește declarația privind asumarea respectării obligațiilor de protecția muncii și mediului, autoritatea contractantă precizează că documentația de atribuire nu indică cum ca neprezentarea acestei declarații ar duce la neconformitatea ofertei tehnice.

De asemenea cu privire la criticile referitoare la modalitatea și operațiunile de mentenanță, autoritatea contractantă consideră că și aceste critici sunt nefondate, în condițiile în care, așa cum rezultă din propunerea tehnică, dar în special din răspunsul la clarificări dat de ofertant, informațiile aduse ca răspuns fac referire la datele existente deja în ofertă, iar cele informațiile transmise ulterior reprezintă, în esență, clarificări ale celor deja existente la nivelul ofertei, în cauză fiind incidente prevederile art. 134 alin. (1) din anexa la HG nr. 395/2016, prin răspunsul transmis ofertantul desemnat câștigător clarificând conținutul ofertei, fără a proceda la modificarea sau completarea ofertei.

Cu privire la critica referitoare la faptul că declarațiile date cu referire la documentele justificative DUAЕ ale terțului susținător ...nu satisfac cerințele autorității contractante, nefiind autentificate de către un notar public, autoritatea contractantă precizează că în condițiile în care notarul public a autentificat documentul prezentat, comisia avea obligația luării în considerare a acestuia, sens în care critica este nefondată.

Cu privire la declarațiile date cu referire la documentele justificative DUAЕ ale terțului susținător, autoritatea contractantă precizează că și aceste critici sunt nefondate, subliniind că avea dreptul și chiar obligația să solicite redepunerea acestor declarații semnate olograf/electronic de emitent, nu doar de împuternicit.

Astfel, menționează că în urma clarificărilor, ofertantul a transmis declarațiile semnate olograf de emitent și apoi semnate electronic de către împuternicit.

Menționează că situația de mai sus este aplicabilă inclusiv în ceea ce privește critica referitoare la nesemnarea olografa, inițială, a angajamentului de susținere.

În acest sens, precizează că în urma clarificărilor ofertantul a prezentat documentul semnat olograf de către terțul susținător. Prin urmare, comisia nu avea niciun argument legal să nu ia în considerare

documentul inițial nesemnat olograf, dar semnat electronic, doar pe motivul unui formalism exagerat.

Cu privire la conținutul angajamentului de terț susținător, precizează că toate criticile contestatorului sunt rezultatul proiecțiilor proprii realității diforme și rău intenționate.

Subliniază că din documentele prezentate comisia a concluzionat ca sunt îndeplinite cerințele din documentația de atribuire, dar și prevederile de la art. 182 din Legea 8/2016, motiv pentru care criticile contestatorului sunt nefondate.

Totodată, cu privire la criticile contestatorului nemotivate și nedovedite, autoritatea contractantă precizează că documentele care atesta experiența similară a ofertantului declarat câștigător au fost conforme, comisia de evaluare având obligația de a lua în considerare valoarea întregului contract.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că cerința tehnică esențială din Fișa Tehnică 1 - Computer Comanda/Master Computer, parte a formularului F5 și a Caietului de Sarcini, pag. 70. paragraf 9, legată de funcționalitatea de tip „timeline”, nu ar fi îndeplinită, autoritatea contractantă precizează că operatorul economic a indicat și demonstrat ca funcția de „timeline” este asigurată și însușită, în fișierul „00 Fișe tehnice - Formular F5.pdf” atașat la oferta tehnică, la pagina 70, regăsindu-se informații din fișa tehnică a ofertantului despre aceasta funcție.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul ca propunerea tehnică a ofertantului SRL nu ar satisface cerința tehnică esențială din Fișa Tehnică 9 - Stație de producție VR Laptop, parte a formularului F5 și a caietului de sarcini, pag. 158. paragraf 5, cu privire la funcționalitatea de tip „timeline”, autoritatea contractantă precizează că în fișierul „00-Fise tehnice producatori.pdf”, la 397, se regsește detalierea producătorului despre aceasta funcție.

SC SRL formulează cerere de intervenție voluntară, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /09.05.2023, solicitând admiterea cererii de intervenție și respingerea ca neîntemeiată a contestației.

Preliminar, acesta prezintă succint, situația de fapt.

Cu privire la critica referitoare la accesul la dosarul achiziției publice, intervenientul face trimitere la prevederile art. 57, art. 217 alin. (4) din Legea 8/2016, precizând că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a permite studierea documentelor declarate ca fiind confidențiale.

În susținere invocă jurisprudența CJUE, a CNSC precum și a Curților de Apel.

Pe fondul cauzei, cu privire la criticile contestatorului, intervenientul aduce următoarele argumente:

În ceea ce privește certificatele de cazier judiciar, prin solicitarea de clarificări nr. 1/2924 din data de 17.03.2023, autoritatea contractantă a solicitat depunerea acestor documente până la data de 24.03.2023; prin e-mailul din data de 24.03.2023 s-a depus declarația ce ține loc de certificat de cazier judiciar pentru dl., președintele

Cu privire la solicitarea de clarificări din 30.03.2023, adresa nr. 1/3320 privind certificatele de cazier judiciar și pentru dl., dl.-... și dl., intervenientul susține că această solicitare nu poate fi considerată drept o reiterare a solicitării de clarificări nr. 1/2924

din data de 17.03.2023, întrucât au fost solicitate informații suplimentare; astfel s-au depus înscrisurile solicitate, respectiv declarația ce ține loc de certificat de cazier judiciar pentru dl., președintele, acesta fiind organul de conducere al societății. Ulterior primirii solicitării nr. 1/3320 din 30.03.2023, s-au depus certificatele de cazier judiciar pentru celelalte persoane fizice, prin încărcarea acestora în SEAP la data de 05.04.2023, ora 16:20, astfel cum reiese din captura de ecran atașată.

În susținere, intervenientul clarifică o serie de aspecte, precizând că organul de conducere principal al societății, cu puteri depline, este președintele, calitate deținută de dl. În atare condiții, s-a apreciat ca fiind suficientă depunerea înscrisului privind cazierul judiciar doar pentru această persoană. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a apreciat necesară depunerea și a certificatelor de cazier judiciar pentru a celorlalte 3 persoane fizice care, deși au capacitatea de a reprezenta societatea și sunt menționate în certificatul constatator, desfășoară activități specifice pozițiilor lor. În acest sens, menționează că dl. și dl.-... îndeplinesc, în comun, funcția de director general, iar dl. este contabil al societății. Astfel, aceste persoane fizice, deși pot reprezenta societatea în limitele mandatului lor și a atribuțiilor specifice funcțiilor lor, nu pot fi calificate drept organ principal de conducere, această poziție fiind rezervată președintelui companiei.

Or, date fiind aceste precizări, este evident că au fost îndeplinite obligațiile prin furnizarea răspunsului din data de 24.03.2023 iar cea de-a doua solicitare a autorității contractante a venit ca o urmare a neînțelegerii a modului în care este organizată la Cu toate acestea, deși superfluă, solicitarea din data de 30.03.2023, nu reiterează în niciun fel solicitarea din data de 17.03.2023. Totuși, chiar și în aceste condiții, intervenientul subliniază că și-a îndeplinit obligațiile și a depus înscrisurile suplimentare solicitate.

În continuare, arată că nu pot fi reținute argumentele relative la cuprinsul declarației, aceasta nefiind o simplă depoziție, ci o veritabilă declarație pe proprie răspundere, dat fiind inclusiv scopul în care a fost emisă. Astfel, analizând cuprinsul acesteia, este lesne de observat că declarația cuprinde toate elementele cerute de lege pentru emiterea și utilizarea acesteia în mod legal, pentru scopul avut în vedere la emiterea ei. Arată că în ceea ce privește forma declarației, nu trebuie ignorate diferențele legislative, precum și exigențele de formalism impuse de legislația din țara în care a fost emisă declarația

Subliniază de asemenea că potrivit legii franceze, în cazul unor astfel de declarații, nu se certifică semnătura persoanei declarante, ci a unei alte persoane, ce are calitatea de martor (în cazul de față dl.).

Totuși, pentru a evita orice dubiu, intervenientul menționează că a fost depusă la dosar și declarație de certificare a semnăturii, autentificată de un notar din Japonia, ce are natura unei ratificări.

În ceea ce privește pretinsa nelegalitate a certificatului de atestare fiscală depus, intervenientul menționează că și acest argument este nefondat, depunând documentele solicitate, astfel cum reiese din înscrisurile de la dosar.

Cu toate acestea, apreciază că se impun o serie de lămuriri.

Arată astfel că, prin solicitarea de clarificări nr. 1/2924 din data de 17.03.2023, autoritatea contractantă a solicitat depunerea acestui document până la data de 24.03.2023; a fost depus certificatul de atestare fiscală prin încărcarea lui în SEAP la data de 24.03.2023, ora 14:03, astfel cum reiese din captura de ecran atașată.

Subliniază că în Franța, nu se emit certificate fiscale de autoritățile locale, existând un singur departament guvernamental, centralizat, ce gestionează obligațiile fiscale. Astfel, înscrisul depus a fost emis de această entitate, cuprinzând informații cu privire la toate obligațiile fiscale ale

În atare condiții, pentru a se conforma solicitării nr. 1/3320 din 30.03.2023, s-a depus, adițional, prin încărcarea acestora în SEAP la data de 05.04.2023, ora 16:20, o declarație prin care se clarifică faptul că certificatul depus la data de 24.03.2023 este singurul înscris care atestă lipsa datoriilor bugetare, conform legii franceze.

În ceea ce privește critica referitoare la nedepunerea declarației privind protecția muncii și a detalierii modalității și operațiunilor de mentenanță, intervenientul precizează că aceste înscrisuri au fost depuse în temeiul art. 209 din Legea 8/2016, care permite ca autoritatea să solicite, iar ofertantul să depună clarificările și ulterior.

Astfel, prin solicitarea de clarificări nr. 1/2480 din data de 07.03.2023, autoritatea contractantă a solicitat depunerea acestor documente în termen de o zi de la publicarea în SEAP; au fost încărcate în SEAP la data de 08.03.2023, ora 15:50, următoarele: declarația din care rezultă că, la elaborarea ofertei, ofertantul a ținut cont de obligațiile privind protecția muncii în vigoare în România, precum și că le va respecta în vederea implementării contractului și răspunsul privind modalitatea și operațiunile de mentenanță a echipamentelor.

Precizează de asemenea că informațiile privind mentenanța se regăsesc în propunerea tehnică, documentul denumit „00 Anexe - la oferta tehnic. (5).pdf”, la pagina 5/56, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1/2480 din data de 07.03.2023 doar s-au detaliat aceste informații.

Cu privire la critica referitoare la nerespectarea formei autentice a unei declarații, intervenientul precizează că în documentația de licitație se prevede în mod expres că toate înscrisurile pot fi depuse sub semnătură privată. Pentru a arăta buna credință, au fost certificate documentele, neavând însă nicio obligație în acest sens.

Cu privire la critica referitoare la neîndeplinirea cerințelor minime de calificare, intervenientul clarifică următoarele aspecte: prin solicitarea de clarificări nr. 1/1724 din data de 15.02.2023, autoritatea contractantă a solicitat depunerea documentelor semnate electronic de ambele părți, însă această solicitare a venit ca urmare a unei erori a autorității

contractante; autoritatea contractantă nu a observat că documentele depuse erau semnate de ambele părți, însă semnăturile electronice au fost aplicate pe pagini diferite. Cu toate acestea, pentru a se conforma dispozițiilor autorității contractante, s-a redepus documentația semnată.

Cu privire la criticile aferente terțului susținător, intervenientul reiterează faptul că documentația a fost semnată de ambele părți.

Cu privire la critica potrivit căreia ...nu a indicat în concret care sunt resursele tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție și nu a dovedit că deține personal specializat în România, intervenientul

apreciază că aceste alegații sunt nefondate, întrucât nu există nicio obligație legală a terțului susținător de a detalia resursele pe care le va pune la dispoziția ofertantului. În fapt, existența acestor resurse reprezintă un angajament al terțului susținător, care garantează ofertantului că este în măsură să își execute obligațiile.

(De asemenea, terțului susținător nu îi incumbă nicio obligație de a avea personal specializat în România, fiind de asemenea responsabilitatea sa să își execute obligațiile, fără a preciza în concret modul în care acest lucru va fi făcut.

Cu privire la criticile referitoare la experiența similară, intervenientul precizează că dat fiind specificul contractului, nu se poate reține decât concluzia că produsele respective au fost livrate la data recepției, acesta fiind momentul la care beneficiarul preia lucrarea și se transferă riscurile, până la acel moment neputându-se vorbi de executarea contractului sau livrarea produselor.

În ceea ce privește cel de-al doilea criteriu (valoarea), arată că din documentele existente la dosar reiese că este îndeplinită și această condiție.

Cu privire la criticile privind cerințele tehnice, intervenientul consideră că acestea sunt nefondate și nedovedite.

Prin adresa nr. 1/4627/08.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 24880/09.05.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Având în vedere documentele depuse de SC SRL. în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta tehnică și oferta financiară, precum și raportat la faptul că SC SRL a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 26106/1104/C1/16.05.2023, Consiliul solicită acestuia să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime

ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

Acesta răspunde prin adresa nr. 188/16.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 26450/17.05.2023, invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, prevederile art. 57 din Legea 8/2016, art. 19 din Legea nr. 101/2016, jurisprudența CJUE și CNSC, art. 45 alin. (3) din Legea nr. 21/1996.

Invocă de asemenea și protejarea interesului comercial, precum și caracterul competitiv al pieței planetariilor, acest spațiu economic, fiind de nișă.

În susținere anexează un acord de confidențialitate încheiat cu

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 26615/C1/1104/17.05.2023, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 19.05.2023.

Ulterior studierii dosarului, contestatorul formulează concluzii scrise prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 27579/23.05.2023, solicitând respingerea cererii de intervenție, respingerea apărărilor autorității contractante ca neîntemeiate și menținerea tuturor criticilor din contestație.

Cu titlu prealabil, precizează că nu mai susține:

(i) Capătul de cerere nr. I din contestație, ce vizează obligarea autorității contractante la permiterea accesului la dosarul achiziției publice;

(ii) motivul nr. II.1 de contestație (pct. 6-16), invocat în susținerea capătului de cerere nr. I;

(iii) motivul nr. II.8.1 de contestație (pct. 80-86), axat pe neîndeplinirea cerinței tehnice legate de „Panourile fațetate individuale”.

Precizează că susține în continuare toate celelalte capete de cerere și toate celelalte motive/critici invocate în cuprinsul contestației.

În prezentarea argumentelor sale, ulterior studierii dosarului cauzei, contestatorul reiterează aspectele deja menționate în contestație, precizând totodată, următoarele:

- toate documentele justificative DUAЕ trebuiau transmise de către SRL prin SICAP, cu semnătură electronică extinsă, până cel târziu la termenul-limită acordat în acest sens de Autoritatea contractantă, adică până cel târziu la data de 24.03.2023;

- declarația dlui, președintele, apare în dosarul achiziției publice pentru prima dată ca fiind depusă de către SRL abia odată cu restul certificatelor de cazier judiciar, transmise prin SICAP împreună cu răspunsul la clarificări din data de 05.04.2023;

- Directorii Generali și-... sunt, în mod evident, organe de conducere ale;

- în cazul unei declarații, certificarea semnăturii se face prin raportare la declarant (emitentul declarației respective), și nu cu privire la un terț care semnează la rândul său respectiva declarație;

- în contextul în care se arată în cuprinsul său că declarația atribuită dlui s-ar fi dat la ..., la data de 24.03.2023, dl. nu avea cum,

în mod obiectiv, să fie „martor”, cât timp acesta se afla la aceeași dată la St. ... (Loire), când s-a și prezentat în fața notarului public;

- pretinsa declarație de certificare a semnăturii, autenticată de un notar public japonez și atașată cererii de intervenție ca Anexa nr. 4, este emisă la data de 27.04.2023, după depunerea contestației și mult după data depunerii ofertelor și/sau a răspunsurilor la clarificări. Documentul respectiv nu poate fi luat în considerare întrucât are un pronunțat caracter pro causa și, totodată, întrucât, dacă ar fi luat în considerare în această etapă s-ar încălca în mod grav principiile nediscriminării și

tratamentului egal. Analiza corectitudinii ofertei intervenientei SRL se face de către CNSC exclusiv prin raportare la documentele depuse odată cu oferta și/sau cu adresele de răspuns la clarificări, și nu prin raportare la documente noi, emise de către intervenientă unilateral și ulterior datei depunerii contestației, cu intenția de a combate criticile din contestație.

În continuare, contestatorul reia și susține criticile menționate deja în contestație.

Prin adresa nr. 214/29.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 28939/29.05.2023, .. SRL formulează concluzii scrise, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, susținând și reiterând:

1. Netemeinicia argumentului relativ la nedepunerea în termen a certificatelor de cazier judiciar și a certificatelor fiscale.

Autoritatea contractantă a transmis, la data de 30.03.2023, solicitarea nr. 1/3320 privind certificatele de cazier judiciar și pentru dl. .., dl. .. și dl. .., însă această solicitare nu poate fi considerată drept o reiterare a solicitării de clarificări nr. 1/2924 din data de 17.03.2023, întrucât au fost solicitate informații suplimentare.

Reiterează faptul că organul de conducere principal al societății, cu puteri depline, este președintele, calitate deținută de dl. .., subliniind că a fost suficientă depunerea înscrisului privind cazierul judiciar doar pentru această persoană. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a apreciat necesară depunerea și a certificatelor de cazier judiciar pentru a celorlalte 3 persoane fizice care, deși au capacitatea de a reprezenta societatea și sunt menționate în certificatul constatat, desfășoară activități specifice pozițiilor lor.

În acest sens, menționează că și-a îndeplinit obligațiile prin furnizarea răspunsului din data de 24.03.2023, iar cea de-a doua solicitare a autorității contractante a venit ca urmare a neînțelegerii modului în care este organizată societatea ...

2. Netemeinicia argumentului relativ la caracterul incomplet al propunerii tehnice.

Intervenientul reiterează faptul că prin solicitarea de clarificări nr. 1/2480 din data de 07.03.2023, autoritatea contractantă a solicitat depunerea: (i) declarației pe propria răspundere și (ii) detalierea modalității și operațiunilor de mentenanță a echipamentelor în termen de o zi de la publicarea în SEAP, prezenta societate conformându-se a încărcat răspunsul în SEAP la data de 08.03.2023, ora 15:50. Susține că informațiile în cauză, se regăsesc în propunerea tehnică, documentul denumit 00 Anexe - la oferta tehnic. (5).pdf, la pagina 5/56, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1/2480 din data de 07.03.2023 doar s-au detaliat aceste informații.

3. Netemeinicia argumentului relativ la nerespectarea formei autentice

Menționează că documentația de atribuire se prevede în mod expres că toate înscrisurile pot fi depuse sub semnătură privată; totuși, pentru a arăta buna credință, arată că a ales să certifice documentele, neavând însă nicio obligație în acest sens.

4. Netemeinicia argumentului relativ la neîndeplinirea cerințelor minime de calificare și la nesemnarea angajamentului de susținere.

Prin solicitarea de clarificări nr. 1/1724 din data de 15.02.2023, autoritatea contractantă a solicitat depunerea documentelor semnate electronic de ambele părți, însă această solicitare a venit ca urmare a unei erori a autorității contractante, care nu a observat că documentele depuse erau semnate de ambele părți, însă semnăturile electronice au fost aplicate pe pagini diferite. Cu toate acestea, pentru conformarea dispozițiilor autorității contractante, s-a redepus documentația semnată.

Cu privire la:

- Netemeinicia argumentului relativ la nerespectarea dispozițiilor art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016;
- Netemeinicia argumentului relativ la experiența similară;
- Netemeinicia argumentului relativ la cerințele tehnice;
- Netemeinicia capătului de cerere relativ la funcționalitatea de tip „timeline”, intervenientul face trimitere la aspecte deja dezvoltate în cererea de intervenție.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23076/02.05.2023 contestatorul, depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209101578/1, tranzacția nr. 1328631972/47630191, din 28.04.2023, eliberată de CEC Bank Sucu...la Piața Alba Iulia, în cuantum de 172.692,00 lei.

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

..... În calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Achiziție echipamente specializate (inclusiv punerea montajul și punerea în funcțiune) pentru investiția: «Construire planetariu și spații recreative în Orașul»», cod CPV32322000-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. .../ 25.12.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 8.634.581,62 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... SRL a formulat cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr./09.05.2023, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor

Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a

următoare zile lucrătoare”, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 26.04.2023 sub identificatorul „Document: [.../00151] Contestatie _24 04 2023.PDF” contestația formulată de SC SRL Consiliul constată că cererea de intervenție a asocierii SC SRL este formulată în cadrul termenului legal.

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

Având în vedere documentele depuse de SC SRL în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta tehnică și oferta financiară, precum și raportat la faptul că SC SRL a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 26106/1104/C1/16.05.2023, Consiliul a solicitat acestuia să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

Acesta răspunde prin adresa nr. 188/16.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 26450/17.05.2023, invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, prevederile art. 57 din Legea 8/2016, art. 19 din Legea nr. 101/2016, jurisprudența CJUE și CNSC, art. 45 alin. (3) din Legea nr. 21/1996.

Invocă de asemenea și protejarea interesului comercial, precum și caracterul competitiv al pieței planetariilor, acest spațiu economic, fiind

de nișă, ceea ce înseamnă că orice informație furnizată cu privire la soluțiile personalizate oferite beneficiarilor care ar ajunge la concurenți ar oferi un avantaj competitiv respectivei concurențe.

În susținere anexează un acord de confidențialitate încheiat cu

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul SC SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, Consiliul reține că o primă critică privește nedepunerea în termen a documentelor justificative ale DUAЕ, respectiv:

-certIFICATELE de cazier judiciar pentru membrii organelor de conducere a terțului susținător

și

-certIFICATELE fiscale sau declarațiile pe propria răspundere/autentice vizând absența datoriilor la bugetele locale pentru același terț susținător (... ..).

În acest sens se reține că potrivit Fișei de date la pct. III.1) Condiții de participare, s-au stabilit următoarele cerințe:

„III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

1. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea 8/ 2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către toți operatorii economici participant la procedura de atribuire, cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Aceste documente pot fi:

a. Certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidate (buget local, buget de stat etc) la momentul prezentării;

b. cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

c. după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;

d. alte documente edificatoare, după caz.

*Pentru persoanele juridice străine - în cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul nu se emit documente de natura celor prevăzute la art. 168, alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, **autoritatea contractantă acceptă o declarație pe propria răspundere** sau, dacă în țara respectiva nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică data în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competente în acest sens”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;*

- art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:*

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit”;

- art. 193 alin. (1) din Legea 8/2016: *„Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”;

- art. 196 alin. (2) din Legea 8/2016: *„Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă, în termen de o zi lucrătoare de la momentul stabilirii ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, respectiv în termen de o zi lucrătoare de la emiterea avizului conform, în situația în care documentația este supusă controlului ex-ante conform Ordonanței de urgență a Guvernului 8/2017 privind funcția de control ex-ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 186/2018, cu modificările și completările ulterioare, solicită acestuia să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea*

tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape, când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați, acordând ofertantului/candidatului un termen de până la 7 zile lucrătoare pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a ofertantului/candidatului, cu cel mult 3 zile lucrătoare”;

- art. 196 alin. (3) din Legea 8/2016: „Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin.(1) sau (2)”.

În urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”, în temeiul art. 196 alin. (2) din Legea 8/2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC SRL prin adresa nr. 1/2924/17.03.2023 să prezinte atât pentru el cât și pentru terțul susținător declarat (... ..) documente justificative care probează îndeplinirea cerințelor asumate în DUAE, după cum urmează:

- certificatul constatator ONRC;
- cazier judiciar atât pentru operatorii economici și pentru membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al operatorului economic și persoanele cu putere de reprezentare, de decizie sau de control așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC;
- certificat fiscal buget de stat local.

Urmare acestei solicitări, documentele transmise, cu referire strict la terțul susținător, au fost următoarele:

- Certificat de atestare fiscală nr. 13783762 (tradus în limba română) emis de Direcția Generală a Finanțelor Publice – Republica Franceză din care rezultă că ...este la zi cu plata obligațiilor fiscale;

- Certificat de domiciliu fiscal nr. 13783803 (tradus în limba română) emis de Direcția Generală a Finanțelor Publice – Republica Franceză din care rezultă că ...are domiciliul (sediu) în Franța în sensul convenției fiscale aplicabile existente între Franța și statul România;

- Certificatul Constatator (extras tradus) nr. 2002B00744 emis de grefa Tribunalului de Comerț Saint ...;

- Declarație a Directorului General al ...- ... conform căreia certificatul de registru de infracțiuni pentru companie nu există în Franța;

- Declarație a Directorului General al ...- ... conform căreia acesta din urmă confirmă că ...nu are acuzații penale anterioare sau în curs de derulare. Compania nu a fost condamnată în procese penale.

În urma analizării documentelor transmise cu referire la, autoritatea contractantă revine cu o nouă solicitare de clarificări și solicită prin adresa nr. 1/3320/30.03.2023, următoarele:

„3. Cu privire la certificatele de cazier judiciar pentru ...-...—CIF: VAT444574610, ați prezentat o declarație în limba română, cu viza de autentificare de un notar din Franța. Vă rugăm să indicați dacă acesta este doar o traducere a unui document în limba franceză (caz în care vă solicităm să transmiteți acest document) sau este un document autentificat de notarul francez direct în limba română?

4. Cu privire la certificatele de cazier judiciar pentru persoanele de conducere din cadrul ...- CIF: VAT444574610 (... ..., ...-..., ...) vă menționăm că acestea nu au fost regăsite. Vă solicităm să transmiteți aceste certificate de cazier judiciar în forma în care sunt ele emise de autoritățile statului, însoțite de traduceri în limba română. De asemenea, vă amintim că în cazul în care autoritățile statului din țara de proveniență nu emite astfel de certificate, se admit declarații autentificate notarial (și nu pe propria răspundere);

5. Cu privire la certificatul privind lipsa datoriilor la bugetul consolidat al statului - ați prezentat doar traducerea acestuia, nu și documentul în forma și limba în care a fost el emis. Vă solicităm să transmiteți documentul în forma în care a fost el emis, nu doar traducerea;

6. Cu privire la certificatul privind lipsa de datorii la bugetul local (pentru sediul social și punctele de lucru ale ...- CIF: VAT444574610) acesta NU a fost regăsit în documentele emise. Va solicităm să îl transmiteți. În cazul în care, în statul de proveniență, nu se eliberează aceste tipuri de certificate va solicităm să transmiteți o declarație notarială, conform indicațiilor din fișa de date a achiziției”.

Raportat la solicitările de clarificare, Consiliul reține că ofertantul SC SRL a clarificat în mod concludent documentele aferente terțului susținător, fiind transmise în acest sens următoarele documente (pag. 534-559, vol. 3 din dosarul cauzei):

- Declarația în limba engleză și română a Directorului General al ...- ... conform căreia ...nu are antecedente penale, nu are acuzații penale anterioare sau în curs de derulare;

- Declarația în limba engleză și română a Președintelui ...- ... conform căreia acesta nu este înscris în evidențele departamentului de cazier judiciar;

- Documente intitulate „*Casier judiciaire national*” emise de Ministerul Justiției al Republicii Franța pentru:, ... și ...

iar

ulterior prin adresa nr. 1/3749/10.04.2023 revine cu o nouă solicitare, în sensul: „Cu privire la certificatul privind lipsa de datorii la bugetul local, acesta nu a fost regăsit în documentele emise. Vă solicităm să îl transmiteți. **În cazul în care, în statul de proveniență, nu se eliberează aceste tipuri de certificate vă solicităm să transmiteți o declarație notarială ...**”,

la care

s-a depus **Declarația notarială a ...** prin care se confirmă faptul că autoritățile franceze **nu** eliberează societăților documente cu privire la lipsa debitelor la bugetul local (pag. 622, vol. 3 din dosarul cauzei).

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a trebuit să stabilească cu exactitate dacă documentele de calificare depuse de ofertanți sunt reale și îndeplinesc condițiile de formă solicitate, numai în urma obținerii și verificării clarificărilor transmise de ofertanți putea stabili conformitatea și realitatea acestora.

Prin urmare, autoritatea contractantă în mod întemeiat a procedat la solicitarea clarificării documentelor prezentate pentru terțul susținător, dreptul autorității contractante de a solicita clarificări / completări rezidă din prevederile art. 209 din Legea 8/2016, care stipulează că, în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente sau acestea nu îndeplinesc condițiile de formă impuse, autoritatea 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 sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, autoritatea contractantă neavând ca prin clarificările / completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant / candidat,

și

dispozițiile art. 134 alin.(1) din HG nr. 395/2016, care prevăd:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte”.

Solicitarea informațiilor referitoare la documentele de calificare este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care are loc pe baza dovezilor prezentate, iar dacă modul în care ofertantul SC SRL a prezentat documentele nu îi era suficient comisiei pentru a verifica realitatea și veridicitatea acestora nu înseamnă că nu putea transmite o nouă solicitare, clară și explicită, în care să indice cum anume, în concret se dorește îndeplinirea cerinței în cauză.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul ofertei nu a fost analizată îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică/profesională aparține autorității contractante.

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă, respectiv de a lămuri anumite elemente ale DUAЕ, respectiv de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare/selecție asumate la momentul depunerii ofertei, la care ofertanții în cauză au obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau

pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40)”.

Or, în condițiile în care documentele transmise pentru terțul susținător au fost clarificate în mod simplu și remediat ca măsură de rezolvare facilă a unei neclarități, comisia de evaluare nu putea lua o decizie contrară, astfel cum susține contestatorul, prin încălcarea în mod evident a principiului proporționalității măsurilor adoptate care impune analiza ofertelor prin raportare la scopul achiziției și nu la interpretări excesiv de formaliste, contrare prevederilor legale aplicabile.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel:

*„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art. 35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, **dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice**, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. **Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.**”*

În hotărârea pronunțată în cauza C-131/16, CJUE a reținut următoarele aspecte:

„Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.”

Situația este similară și în ceea ce privește transmiterea în urma solicitărilor de clarificări a *„Declarației privind asumarea respectării obligațiilor de protecția muncii și mediului”*, deoarece și în acest caz trebuie să se facă raportarea la principiul proporționalității și instituția

completării formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, care sunt pe deplin aplicabile și în acest caz.

Caracterul nefondat se reține și în ceea ce privește lipsa informațiilor referitoare la modalitatea și operațiunile de mentenanță în condițiile în care, așa cum rezultă din propunerea tehnică (pag. 8-9, vol. 4 din dosarul achiziției) precum și răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1/2480/07.03.2023 (pag. 295, vol. 2 din dosarul achiziției) acestea fac referire la „*contractul tehnic de mentenanță*”.

De asemenea, nu poate fi reținută nici afirmația contestatorului cu privire la nerespectarea formei autentice a documentelor aferente terțului susținător, în condițiile în care, pe de-o parte documentația de atribuire stipulează că „autoritatea contractantă acceptă o declarație pe propria răspundere”, nefiind deci impusă autentificarea în fața unui notar, iar pe de altă parte declarațiile transmise în urma solicitării de clarificări sunt traduse și autentificate de un notar (a se vedea în acest sens documentele aflate la pag. 534-623, vol. 3 din dosarul cauzei).

Nu poate fi reținută nici afirmația conform căreia terțul susținător (... ..) nu îndeplinea cerințele minime de calificare, întrucât documentele aferente acestuia (inclusiv angajamentul de susținere) au fost semnate electronic în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante prin adresa nr. 1/724/15.02.2023 (pag. 168-171, vol. 2 din dosarul cauzei) considerațiile de mai sus ale Consiliului referitoare la cazierul judiciar și certificatul fiscal al ...fiind pe deplin aplicabile și în acest caz.

Pe de altă parte, Consiliul constată ca fiind întemeiată critica contestatorului privind nerespectarea de către ofertantul SC SRL a prevederilor art. 48 din HG nr. 395/2016, deoarece prin Angajamentul ferm al terțului susținător (... ..) nu s-a demonstrat modul concret în care se va asigura susținerea, având în vedere considerentele ce urmează.

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

„3. Terț susținător: Informații privind susținerea capacității tehnice și profesionale a ofertantului/grupului de operatori economici.

Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant și persoana respectivă. În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 164, art. 165, art. 167 din Legea 8/2016.

*3. Odată cu DUAЕ, se va prezenta Angajamentul ferm, urmând ca ofertantului clasat pe primul loc să i se solicite documente justificative. 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*

a acordului de asociere constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertente de forma ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cat si ale subcontractantului/ terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire”.

De asemenea, „Formularul de angajament ferm”, (anexa la documentația de atribuire) prevede în mod explici faptul că:

*„Nota 1: Documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători **din care rezultă modul efectiv prin care***

terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAЕ. **Aceste documente vor deveni anexe la angajamentul ferm**".

Din analiza cerințelor stipulate în cadrul documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă că documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm.

Sunt relevante în soluționarea acestei critici și prevederile legale referitoare la terțul susținător, după cum urmează:

- art. 182 din Legea 8/2016: „(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificări-le educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător **doar atunci când acesta va desfășura efectiv** lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte **modul efectiv** prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament".

- art. 48 din HG nr. 395/2016: „(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională invocând suportul unui/unor terț/terți, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al

persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate.

*(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, cu condiția ca ofertantul/candidatul să poată demonstra **că dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului**”.*

- art. 50 din HG nr. 395/2016: „(1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție

publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă și contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție”.

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente din care să rezulte atât faptul că terții susținători vor desfășura efectiv lucrările care fac obiectul susținerii, cât și modul efectiv în care aceștia vor asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că SC SRL a declarat în DUAE că îndeplinește cerința privind „Capacitatea tehnică și profesională” prin terțul susținător, fiind depus în acest sens „Angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică- experiența profesională” (pag. 100, vol. 2 din dosarul cauzei) din care rezultă că acesta din urmă se angajează: „în situația în care ofertantul SC SRL întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul derulării contractului, garantăm necondiționat și irevocabil, susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a obligațiilor asumate de (...). Punem la dispoziția SC SRL resurse tehnice și profesionale, consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal în limba română pentru implementarea contractului, prin personal specializat din România”, fără însă a menționa în mod clar și concret modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament și fără a anexa documente emise de acesta în vederea dovedirii propriului angajament de susținere.

Astfel, din analiza documentelor mai sus iterate rezultă că, în afară de modelul de angajament semnat de terțul susținător, ofertantul SC SRL nu a reușit să furnizeze autorității niciun document care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție respectiv modul concret de

mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului.

După cum s-a reținut mai sus, autoritatea a cerut ca, odată cu DUAЕ, să se aducă atât angajamentul ferm al terțului susținător cât și documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament și care au lipsit cu desăvârșire în cazul ofertei depuse.

Prin urmare, Consiliul reține că, prin documentele transmise autorității contractante, contestatorul nu a demonstrat că terțul susținător va desfășura efectiv lucrările pentru care acordă susținere, astfel încât simpla enumerare în DUAЕ a detaliilor aferente unor contracte executate anterior a avut ca rezultat doar îndeplinirea pur formală a cerinței de calificare privind experiența similară impusă de autoritatea contractantă.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 Cod proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, intervenientul SC SRL nu a reușit să probeze că angajamentul terțului include modul efectiv prin care acesta va asigura execuția lucrărilor în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere, simpla susținere: „punem la dispoziția SC SRL resurse tehnice și profesionale, consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal în limba română pentru implementarea contractului, prin personal specializat” nu poate fi considerată „modul efectiv” în care terțul asigură îndeplinirea angajamentului de susținere astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin documentația de atribuire ci doar o argumentație generică.

De asemenea, nu sunt lipsite de relevanță argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea 8/2016 prin OUG nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin. (2) fiind justificată prin faptul că: „Se asigură transpunerea fidelă a art. 63, paragraful (1) din Directiva 24/2014/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență (Art. 182 alin. (2) din Legea 8/2016). Abrogarea dispozițiilor art. 182 alin. (5) din Legea 8/2016, potrivit cărora în cazul în care susținerea viza resurse netransferabile, angajamentul asigura autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că prevederea nu se regăsește în textul directivei și devine inutilă în contextul modificării art. 182 alin. (2), respectiv asigurarea transunerii fidele a art. 63, paragraful (1) din Directiva 2014/24/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență”.

În soluționare, Consiliul reține că prevederile art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, prevăd următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se

bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. (...)”.

În aceste condiții, rezultă că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează „*experiența profesională relevantă*” (având în vedere argumentele expuse anterior – „*experiența similară*”) trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul constată că experiența similară privind execuția de lucrări de tipul solicitat prin fișa de date a achiziției, reprezintă „*experiența profesională relevantă*” la care se face referire în art. 182 alin. (2) din Legea 8/2016, astfel că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice ar fi trebuit să execute efectiv lucrările în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere.

Prin urmare nu pot fi reținute alegațiile intervenientului SC SRL potrivit cărora: „nu există obligația legală a terțului susținător de a detalia resursele pe care le va pune la dispoziția ofertantului. În fapt, existența acestor resurse reprezintă un angajament al terțului susținător, care garantează ofertantului că este în măsură să își execute obligațiile. De asemenea terțului susținător nu îi incumbă nici o obligație de a avea personal specializat în România, fiind de asemenea responsabilitatea sa își execute obligațiile, fără a preciza în concret modul în care acest lucru va fi făcut”.

În cauza **C-324/14, Partner Apelski Dariusz** împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z o.o., CJUE s-a pronunțat astfel:

„33 Potrivit unei jurisprudențe constante, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

34 O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de

asemenea Directiva 2004/18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

35 Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă generală de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele

de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat.

(...)

37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, *Holst Italia*, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

38 Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă

(...)

41 De asemenea, nu se poate exclude ca, în împrejurări deosebite, având în vedere natura și obiectivele unui contract determinat, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat să nu poată fi transmise ofertantului. În consecință, în astfel de împrejurări, ofertantul nu se poate prevala de respectivele capacități **decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.**

42 În speță, instanța de trimitere exprimă îndoieli cu privire la aspectul dacă capacitățile PUM pot fi transmise în mod valabil către Partener, în sensul că pot determina punerea la dispoziție a mijloacelor necesare pentru executarea contractului în discuție în litigiul principal, conform dispozițiilor articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, ținând seama de împrejurarea că o astfel de punere la dispoziție s-ar concretiza prin simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, în lipsa oricărei participări directe a PUM la executarea acestui contract.

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

– recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul**

va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și

– nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate

prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract”.

Din analiza acestor considerente ale Hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în **C-324/14**, se poate reține că ideile principale din cauza judecată, referitor la rolul terțului în ofertă, sunt următoarele:

- fără capacitățile financiare și economice, precum și tehnice și/sau profesionale ale terțului, ofertantul nici nu putea fi admis să participe la procedură (idee prezentă și în cauza C-234/14);

- ofertantului îi incumbă să facă dovada că dispune „efectiv” de mijloacele acestor organisme sau întreprinderi, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare executării contractului;

precum și faptul că

- terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract.

Prin urmare, Consiliul apreciază că pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, terțul susținător trebuia să prezinte pe lângă angajamentul ferm întocmit conform prevederilor legale, documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate și nu doar afirmarea disponibilității acestora (resurse tehnice și profesionale, consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal prin personal specializat); așadar, dovedirea nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, respectiv la nivel de hârtii, terțul neavând numai atribuții declarative. Mai mult decât atât, din conținutul angajamentului de susținere prezentat în cadrul ofertei, rezultă că terțul susținător garantează autorității contractante susținerea condiționată: „în situația în care contractantul (...) întâmpină dificultăți în derularea contractului” prevedere abrogată de OUG nr. 107/2017 [fostul art. 182 alin. (5) din Legea 8/2016] în care terțul susține că poate interveni „ori de câte ori situația o va impune”.

Astfel, având în vedere că experiența similară nu poate fi o resursă transmisibilă, întrucât demonstrează că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel care urmează a se încheia, intervenientul SC SRL trebuia să probeze că terțul (... ..) va desfășura în mod efectiv lucrările sau serviciile în legătură pentru care a fost acordată susținerea, potrivit art. 182 alin. (2) din Legea nr 98/2016, ceea ce nu este cazul în prezenta procedură, deoarece intervenientul nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă ci trebuie să dovedească că terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract, acest raționament regăsindu-se și în considerațiile Curții de Apel

exprimate în cadrul Deciziei nr. 353/17.03.2020, referitoare la rolul și atribuțiile terțului susținător în cadrul unei proceduri de achiziție publică.

Față de considerentele mai sus menționate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a apreciat în mod greșit îndeplinirea condițiilor stipulate de dispozițiile art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 deoarece SC SRL nu a reușit să demonstreze și nu consideră că se impune să probeze modalitatea efectivă prin care terțul va realiza serviciile/lucrările pentru care a acordat susținerea, fiind lipsită de obiect

analizarea documentelor prezentate de terț pentru dovedirea cerinței privind experiența similară.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe, aparține autorității contractante. Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii inacceptabile a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, caracterul inacceptabil al ofertei SC SRL urmând a rezulta din aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, conform cărora o ofertă este inacceptabilă atunci când „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire (...)”, pe motiv că nu s-a îndeplinit cerința prezentării pe lângă angajamentul ferm întocmit conform prevederilor legale, a documentelor din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate; nerespectarea acestei cerințe neputând fi înlăturat printr-o etapă de clarificare a ofertei, deoarece ar conduce la modificarea și completarea nepermisă a acesteia.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31

din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Concluzionând, Consiliul reține că, prin neprezentarea de documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate nu s-au respectat cerințele documentației de atribuire și a legislației specifice în materie iar prin declararea ca și admisibilă a ofertei criticate autoritatea contractantă

a încălcat principiul tratamentului egal consacrat de Legea 8/2016, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității și au declarat terții susținători la momentul depunerii ofertelor împreună cu costurile suplimentare aferente (documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate).

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare în cadrul prezentei proceduri nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare este întemeiată, urmând să fie admisă.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul criticilor din contestație, câtă vreme indiferent de natura acestora nu poate fi înlăturat comportamentul superficial și părtinitor al autorității contractante și nici caracterul inacceptabil al ofertei declarate câștigătoare, rezultatul fiind același.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, urmează să admită contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va respinge cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va dispune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare aparținând SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și dispune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare aparținând SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a

legislației incidente și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practica deciziei

....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 38 (treizecișopt) pagini