



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1881/C11/2026

Data: 16.08.2023

Prin contestația nr. 39/20.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39856/21.07.2023, formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA - - SRL, cu sediul social în municipiul, ..., et. 1, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO, reprezentată legal prin Președintele Consiliului de Administrație, și convențional prin - avocat, cu sediul procesual și de comunicare a corespondenței în municipiul, ..., ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire și a actelor emise de autoritatea contractantă ce au stat la baza acestui rezultat, incluzând raportul procedurii nr. 12788/10.07.2023 și procesele-verbale de evaluare, dar și a actelor subsecvente, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii, emise de SA, cu sediul în municipiul, ..., cu punct de lucru în municipiul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect «Proiect tehnic, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: „Construire stadion», s-au solicitat:

1. anularea rezultatului procedurii și a raportului procedurii de atribuire înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. L 12788/10.07.2023, din perspectiva reținerii caracterului inacceptabil al ofertei asocierii

2. anularea tuturor proceselor-verbale de evaluare ce stau la baza raportului procedurii, precum și a actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă;

3. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ofertantul asocierea conform prevederilor legale incidente și deciziei ce urmează a fi pronunțată în prezenta cauză.

Prin adresa din data de 31.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 41869/01.08.2023, ... SA, lider al asocierii SA - SRL, cu sediul în municipiul, ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... – Director General și convențional prin ..., cu sediul profesional în municipiul, str., ..., adresa la care se solicită comunicarea tuturor actelor din procedură, a formulat o cerere de intervenție prin care solicită:

- respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de asocierea SA - - SRL;

- menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta sa;

- menținerea, ca temeinic și legal, a rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația nr. 39/20.07.2023, prin care SA, în calitate de lider al asocierii SA - - SRL, solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cadrul contestației, petenta solicită accesul la dosarul achiziției constituit la CNSC.

În preambul, contestatoarea prezintă situația de fapt și modul de desfășurare a procedurii de atribuire în cauză.

În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele:

Potrivit celor arătate de ofertant prin cele două răspunsuri la solicitările de clarificare și potrivit celor reținute și de autoritatea contractantă prin raportul procedurii, îndeplinirea cerinței de participare privind experiența similară în servicii, solicitată prin documentația de atribuire în cadrul cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, a fost demonstrată prin contractele celor doi

subcontractanți referiți, respectiv SRL și SRL, contracte menționate în DUAЕ-urile completate de cei doi subcontractanți.

De asemenea, din acordurile de subcontractare încheiate cu cei doi subcontractanți, depuse în cadrul ofertei, rezultă că obiect al subcontractării îl reprezintă servicii de proiectare.

În acest context, devin aplicabile prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, obligația de luare în considerare a capacității tehnice și profesionale a subcontractanților nefiind, așadar, una facultativă.

Astfel cum rezultă din raportul procedurii, autoritatea contractantă nu neagă posibilitatea demonstrării cerinței privind experiența similară prin raportare la experiența subcontractanților propuși, ambii aferenți unor servicii de proiectare, chiar dacă serviciile de proiectare asumate de către acești doi subcontractanți nu reprezintă toate serviciile de proiectare ce fac obiectul contractului de achiziție publică supus atribuirii.

Însă, în condițiile în care subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul pentru dovedirea îndeplinirii anumitor cerințe de calificare sunt considerați și terți susținători, potrivit art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a apreciat că aceștia ar fi trebuit să depună și documentele solicitate prin documentația de atribuire exclusiv pentru terți susținători.

Mai mult, această obligație ar fi rezultat în opinia autorității contractante mai ales în condițiile în care serviciile de proiectare asumate de acești subcontractanți nu acoperă în integralitate serviciile de proiectare aferente contractului, astfel cum a decis și Curtea de Apel într-o decizie nereferită printr-un anumit număr și dată în raportul procedurii și citată trunchiat. Așadar, acesta este contextul în care autoritatea contractantă a făcut precizarea că serviciile de proiectare asumate de cei doi subcontractanți nu acoperă integral serviciile de proiectare aferente acestui contract.

În contextul specific prezentei cauze, în opinia contestatoarei devin aplicabile prevederile art. 48 alin. (1) teza a II-a din HG nr. 395/2016 pe care autoritatea contractantă le-a ignorat și, implicit încălcat prin actele emise.

Tocmai pentru că acesta este textul legal incident, care prevede în mod explicit că în cazul analizat acordul de subcontractare reprezintă în același timp și angajament ferm, ofertantul a apreciat că nu se impunea depunerea angajamentelor de terț susținător pentru cei doi subcontractanți.

De asemenea, contrar celor arătate de autoritatea contractantă prin raportul procedurii, în considerarea prevederii legale anterior citate, inclusiv ANAP prin îndrumarea privind instituția terțului susținător din 25.01.2022 *„este suficientă depunerea doar a acordului de subcontractare, nefiind nevoie să fie solicitat angajamentul ferm și nici documentele care devin anexă la acesta”*.

Față de aceste prevederi legale, analizate inclusiv prin prisma îndrumării ANAP, nici prevederile documentației de atribuire nu au putut fi analizate de către ofertant decât cu referire la ipoteza terțului susținător „propriu-zis”, aceeași documentație nefăcând nici cea mai vagă referire și la situația „terțului susținător asimilat”, adică la cea a

subcontractantului pe ale cărui capacități se bazează ofertantul pentru dovedirea îndeplinirii anumitor cerințe de calificare.

Din motivele expuse, prin răspunsul la cea de a doua solicitare de clarificare ce i-a fost adresată, ofertantul a arătat că *«sunt inaplicabile situației de față prevederile Fișei de date (pct. IV.4.3) invocate în solicitarea dumneavoastră de clarificare, acestea fiind cuprinse de altfel la subpct. 1 - Informații privind terții susținători (și care nu sunt și subcontractați, nefiind astfel implicați în executarea contractului, acesta fiind contextul în care ar deveni necesar "un plan de mobilizare") și care nu prevăd obligația prezentării planului de mobilizare detaliat și în ipoteza subcontractantului pe ale cărui resurse se bazează ofertantul pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională. În cazul ofertei noastre, interpretarea prevederilor Fișei de date trebuie să se grefeze pe dispozițiile legale incidente, astfel cum acestea au fost ante-citate, potrivit cărora acordul de subcontractare reprezintă și angajament de susținere, astfel încât "modul efectiv în care subcontractanții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere" rezultă chiar din acordurile de subcontractare depuse în cadrul ofertei și care reprezintă și angajament de susținere conform art. 48 alin. (1) teza a II-a din HG nr. 395/2016»*.

Același este contextul avut în vedere de către ofertant și în pregătirea documentelor aferente subcontractanților referiți, raportat la prevederile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Dintr-o a doua perspectivă, contestatoarea precizează că, deși prevederile art. 48 din HG nr. 395/2016 sunt, în opinia sa, extrem de clare și nu puteau fi nesocotite de către autoritatea contractantă cu scopul desemnării unui alt câștigător, nici raționamentul pretins al Curții de Apel nu putea îndreptăți respingerea ofertei sale, întrucât, în cazul de față se discută despre un contract de proiectare și execuție ale cărui clauze sunt cele reglementate de HG nr. 1/2018. De altfel, petenta a citat și din Sub-clauza 12.9 din Condițiile generale.

Așadar, chiar dacă ar fi discutat despre un terț susținător propriu-zis prin care se dovedește îndeplinirea cerințelor de calificare privind capacitatea tehnică/profesională (iar nu cerințele de calificare privind situația economică și financiară, caz în care s-ar fi putut discuta despre o eventuală prevalență a dispozițiilor art. 184 din Legea nr. 98/2016), clauzele contractuale în considerarea cărora se elaborează și oferta, cuprinse, de altfel, în documentația de atribuire, nu au în vedere posibila intervenire a terțului susținător pentru toate lucrările, ci doar pentru cele asumate prin angajament.

Față de cele arătate, ... SA susține că primul motiv de respingere a ofertei este nelegal și excedează atât prevederilor documentației de atribuire, presupus a fi fost întocmite cu respectarea principiului transparenței, obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, dar și prevederilor legale citate și îndrumării ANAP, pretins a fi fost avută în vedere de altfel prin raportul procedurii.

Din aceleași considerente, apreciază că și răspunsurile la solicitările de clarificare adresate de autoritatea contractantă în cadrul evaluării ofertelor sunt perfect concludente, ele cuprinzând toate argumentele pentru care ofertantul a apreciat că pentru cei doi subcontractanți nu se impunea prezentarea angajamentelor de terț susținător, cu anexele aferente, astfel cum au fost solicitate prin documentația de atribuire strict pentru terțul susținător „propriu-zis”.

În ceea ce privește cel de al doilea motiv de respingere a ofertei, contestatoarea menționează că se referă, potrivit celor arătate la greșita completare a DUAЕ aferent subcontractantului SRL - contractele avute în vedere au fost incluse în rubrica privind experiență similară în lucrări, iar nu în cea privind experiența similară în servicii.

Or, în mod evident, menționarea celor două contracte avute în vedere ca reprezentând contractele pe care se sprijină ofertantul pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare în lucrări, iar nu în servicii, este o simplă eroare de formă, prefect clarificabilă.

Fiind în prezența unei inadvertențe de fond, care să facă imposibilă solicitarea de clarificări, petenta consideră că rezultă că nu este nici în ipoteza în care DUAЕ-ul completat de SRL nu face referire la niciun contract, și nici în cea în care s-ar fi susținut după depunerea ofertei că cerința experienței similare în servicii ar rezulta din alte contracte decât cele ce fuseseră menționate în cuprinsul DUAЕ depus de SRL, acestea reprezentând ipoteze în care clarificarea și răspunsul la clarificare ar fi conferit un avantaj asocierii în detrimentul unui alt ofertant.

Or, fără a susține vreun moment că oferta nu trebuie întocmită și cu respectarea condițiilor de formă cuprinse în documentația de atribuire, apreciază că prevederile legale trebuie interpretate cu respectarea principiului proporționalității, în limita scopului urmărit, care rămâne în această ipoteză verificarea capacității ofertantului de a duce la bun sfârșit contractul, fără ca această verificare să favorizeze în vreun fel ofertantul.

Astfel fiind, câtă vreme nu se află în ipoteza nedeclarării la depunerea ofertelor a contractelor ce susțin experiența similară în servicii și nici în cea în care prin răspunsul la solicitarea de clarificări ar fi fost indicate contracte nementionate în DUAЕ, respingerea ofertei pentru aceste motiv este de un formalism excesiv, ce încalcă principiul proporționalității și care se impune a fi sancționat prin anularea actelor emise de către autoritatea contractantă și care au condus la respingerea ca inacceptabilă a ofertei depuse de asocieria SA - - SRL.

Concluzionând, pentru toate motivele expuse, contestatoarea consideră că actele emise de autoritatea contractantă sunt nelegale, astfel încât solicită admiterea contestației formulate.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Punctul de vedere nr. 45531/26.07.2023, a fost înregistrat la CNSC cu nr. 40747/26.07.2023, fiind atașat și dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere, ... SA a solicitat respingerea contestației formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA - - SRL, ca nefondată, pentru următoarele motive:

Referitor la critica privind respingerea ofertei asocierii SA - - SRL ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5), coroborat cu art.

137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece a fost „depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”, răspunsul la solicitarea de clarificări fiind neconcludent, autoritatea contractantă consideră că aceasta este neîntemeiată, astfel:

Autoritatea contractantă citează din documentația de atribuire, respectiv Cerința nr. 2 – Experiența similară în servicii cu privire la informațiile privind terții susținători.

Pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară în servicii, asocierea SA a prezentat contracte încheiate de către subcontractanții (..... name) și SRL, după cum urmează:

1. În formularul DUAЕ completat de către subcontractantul (..... name), în secțiunea dedicată „Experienței similare în lucrări” au fost înscrise două contracte, respectiv:

- Contractul - ..., cu 800 paturi și o suprafață de peste 100 000 mp. Spitalul are UPU, ATI, Chirurgie, obstetrică ginecologie, 10 săli de operații, oncologie, radioterapie, etc, încheiat între și subcontractantul;

- Contractul - ...: Pregătirea clădirilor facultății de 54.136 m2, a clădirii de servicii tehnice de 3.500 m2, a căminului studențesc de 40.500 m2, a casei de oaspeți de 16.200 m2 și a proiectelor de amenajare peisagistică de 190.000 m2 pe un teren de 280.000 m2, proiecte aplicative în disciplinele arhitectură - arhitectură de interior - statică - mecanică - electrică - peisagistică - infrastructură, încheiat ...;

2. În formularul DUAЕ completat de către subcontractantul SRL, în secțiunea dedicată „Experienței similare în servicii” a fost înscris următorul contract, respectiv:

- Contractul - Elaborare documentație tehnico-economică la faza de studiu de fezabilitate, expertiză tehnică, studii de teren, documentație obținere avize, altele pentru obiectivul de investiții „Construire complex sportiv Constanța”, ..., încheiat între UAT Municipiul Constanța și subcontractantul SRL.

În oferta depusă, asocierea SA - - SRL a prezentat pentru operatorii economici ...și SRL, următoarele documente:

- Formulare DUAЕ;
- Acorduri de subcontractare nr. SSB127 din 26.04.2023 și nr. SSB129 din 26.04.2023.

Pentru a stabili caracterul admisibil al ofertei depuse de către asocierea SA, comisia de evaluare a solicitat clarificări, iar ofertantul a răspuns în termen prin intermediul SEAP, cu adresa nr. SSB144/09.05.2023, înregistrată la SA cu nr. 8607L/09.05.2023, semnată cu semnătură electronică extinsă.

Urmare analizării documentelor prezentate, atât în cadrul ofertei încărcate în SEAP, cât și prin răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a constatat faptul că asocierea SA nu a prezentat odată cu acordurile de subcontractare, documente din care să reiasă modul efectiv în care subcontractanții, considerați automat [în baza prevederilor art. 48 alin. (1), teza a doua din normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016] terți susținători, vor interveni în derularea contractului de achiziție publică, în situația în care asocierea SA nu își poate îndeplini obligațiile contractuale.

Autoritatea contractantă consideră că în mod corect oferta asocierii contestatoare a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece a fost *„depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”*, răspunsul la solicitarea de clarificări fiind neconcludent.

Autoritatea contractantă precizează că, relevante în temeinicia deciziei de respingere a ofertei depuse de către asocierea SA - - SRL sunt următoarele prevederi legale și cerințele documentației de atribuire:

- art. 48 din HG nr. 395/2016;
- art. 182 alin. (4) și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016;
- prevederile fișei de date (IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei).

Contrar celor susținute de către asocierea contestatoare, și în situația descrisă la art. 48 alin. (1) din HG 395/2016, respectiv atunci când subcontractanții sunt considerați terți susținători, iar acordul de subcontractare reprezintă automat și angajament ferm, ofertanții au obligația de a prezenta, până la data limită de depunere a ofertelor, documente justificative prin care acești operatori economici să dovedească modul în care vor interveni în situația în care ofertantul nu își poate îndeplini obligațiile contractuale.

Astfel, autoritatea contractantă citează dintr-o speță similară, în care SA a fost parte, respectiv din Hotărârea civilă nr. 2393/2021 din data de 24.11.2021 emisă de Curtea de Apel

Pentru o evaluare unitară a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat ANAP, consiliere metodologică privind interpretarea prevederilor art. 48 din HG nr. 395/2016 și a prevederilor art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 18586/30.09.2022, ANAP i-a răspuns, precizând că *„subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm”*, au aceeași obligație de a prezenta până la data limită de depunere a ofertelor, documentele necesare prin care să dovedească modul efectiv în care, terțul care devine și subcontractant, asigură îndeplinirea propriului angajament de susținere.

În cazul ofertei depuse de asocierea SA - - SRL, autoritatea contractantă precizează că procentul serviciilor realizate de către cei doi subcontractanți este de 0,7%, respectiv:

- SRL – 0,2%, reprezentând servicii de proiectare verificare proiect,
- ... - 0,5%, reprezentând servicii de proiectare arhitectură, pentru realizarea serviciilor de proiectare, fiind nominalizați și alți subcontractanți, întrucât activitățile realizate de către cei doi subcontractanți nu acoperă toate serviciile de proiectare care urmează a fi realizate în cadrul contractului de achiziție publică.

Pentru prestarea serviciilor de proiectare, asocierea SA a nominalizat și alți subcontractanți, respectiv:

- ... SRL pentru servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări instalații electrice curenți slabi - 3,5%;
- .. SRL pentru servicii de proiectare curenți tari - 5%;
- ... SRL pentru servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări instalații gaze naturale - 0,9%;
- .. SA pentru servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări lifturi - 1%;
- SRL pentru servicii de proiectare general - 3,05%;
- ... SRL pentru servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări instalații;
- ... SRL pentru servicii de proiectare instalați - 1,2%;
- ... SRL pentru servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări de înierbare teren sport - 1,8%;
- ... SRL pentru servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări instalații electrice curenți tari - 1%.

Din aceste documente reiese în mod clar faptul că cei doi subcontractanți, care au și calitatea de terți susținători, nu realizează toate serviciile de proiectare aferente contractului de achiziție publică care face obiectul procedurii.

Astfel, autoritatea contractantă a invocat și decizia CNSC nr. 1327/C8/994 din 14.06.2023, precizând că experiența similară nu este o resursă transferabilă, un ofertant neputând să menționeze capacitățile altor operatori economici pentru a îndeplini cerințe solicitate prin documentația de atribuire, ci trebuie să dovedească că terții, prin susținerea cerinței privind experiența similară, se obligă să realizeze respectivele părți din contract, făcând dovada implicării efective în derularea acestuia.

Autoritatea contractantă consideră că, în mod greșit, asocierea SA a apreciat că: *«în cazul ofertei noastre, interpretarea prevederilor Fișei de date trebuie să se grefeze pe dispozițiile legale incidente, astfel cum acestea au fost anticipate, potrivit cărora acordul de subcontractare reprezintă și angajament de susținere, astfel încât "modul efectiv în care subcontractanții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere" rezultă chiar din acordurile de subcontractare depuse în cadrul ofertei și care reprezintă și angajament de susținere conform art. 48 alin. (1) teza a II-a din HG nr. 395/2016».*

Decizia de respingere a ofertei depuse de către asocieria SA nu s-a întemeiat pe faptul că acordurile de subcontractare nu reprezintă și angajament de susținere. Această decizie s-a întemeiat pe faptul că pentru subcontractanții, pe a căror capacitate se bazează ofertantul, considerați în baza prevederilor legale, terți susținători, nu au fost prezentate documente din care să reiasă cum vor interveni în caz de necesitate, respectiv modul concret în care acești operatori economici, vor îndeplini partea din contract care nu este acoperită de acordurile de subcontractare.

În susținerea caracterului nefondat al contestației, autoritatea contractantă consideră relevante prevederile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, respectiv: art. 3 lit. y), z) și hh) din Legea nr. 98/2016, art. 123 din HG nr. 395/2016.

Din interpretarea acestor texte de lege rezultă că autoritatea contractantă are obligația să evalueze ofertele raportându-se strict la documentația de atribuire care guvernează procedura de atribuire, care, prin neatacare, și-a consolidat forța obligatorie.

În cazul în care contestatoarea aprecia că cerințele documentației de atribuire nu sunt clare, acesta, în termenul stabilit prin fișa de date, avea dreptul să solicite clarificări.

De asemenea, pe parcursul evaluării ofertei depuse de către asocieria SA - - SRL, comisia de evaluare a constatat faptul că subcontractantul ... a completat contractele invocate pentru susținerea experienței similare în servicii, în secțiunea dedicată experienței similare în lucrări, aspect care nu este în conformitate cu „Notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale”.

Conform acestei notificări, autoritatea contractantă trebuie să procedeze la respingerea ofertei, în situația în care eventualele clarificări privind modul de completare a formularului DUAЕ vizează „inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/ candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/ selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.”

Întrucât cerințele documentației de atribuire, necontestate, au devenit obligatorii atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru ofertanți, achizitoarea consideră că ofertantul avea obligația să prezinte până la data limită de depunere a ofertelor, pentru subcontractanți, considerați automat și terți susținători, modul în care vor interveni în caz de necesitate, respectiv situația în care acești operatori economici, vor îndeplini partea din contract care nu este acoperită de acordurile de subcontractare. Aceste documente justificative (plan de mobilizare detaliat care să cuprindă resursele umane, materiale și utilajele alocate, cu precizarea intervalului de timp în care va interveni în caz de necesitate), potrivit art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, se constituie în anexe la angajamentul de susținere, iar în această speță, s-ar fi constituit în anexe la acordurile de subcontractare, care reprezintă și angajamente ferme.

Având în vedere aspectele menționate mai sus, autoritatea contractantă consideră că decizia de respingere a ofertei depuse de către asocieria SA - - SRL ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece a fost *„depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”*, răspunsul la solicitarea de clarificări fiind neconcludent, este întemeiată.

Așadar, calitatea de subcontractant a societăților ale căror contracte au fost prezentate pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară în servicii, astfel cum rezultă din actele de la dosarul cauzei, nu fac dovada prestării tuturor serviciilor din contract, așa cum prevede art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Asocierii contestatoare îi revenea obligația de a prezenta modul în care acești operatori economici, în calitate de subcontractanți declarați, precum și de terți susținători, intervin în cadrul contractului de achiziție publică, în situația în care antreprenorul nu îl poate duce la bun sfârșit.

Având în vedere cele de mai sus, ... SA solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa din data de 31.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 41869/01.08.2023, ... SA lider al asocierii SA - SRL, a formulat cerere de intervenție prin care solicită:

- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de asocieria SA - - SRL;

- menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta sa;

- menținerea ca temeinic și legal a rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

În preambul, intervenienta precizează că, prin adresa nr. 41492/10.07.2023, i s-a comunicat că, în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, oferta sa a fost declarată câștigătoare, cu un punctaj de 100 puncte, iar asocieria SA - - SRL a fost respinsă ca inacceptabilă.

Totodată, intervenienta susține că petenta a formulat o contestație neîntemeiată prin raportare la prevederile documentației de atribuire.

Astfel, deși în petitul contestației se atacă rezultatul procedurii de achiziție publică, în sine aceasta vizează modalitatea de întocmire a documentației de atribuire și modalitatea de îndeplinire a cerinței privind experiența similară a ofertanților cu ajutorul subcontractantului, respectiv solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă.

Or, în măsura în care contestatoarea se considera vătămată de modul în care autoritatea contractantă a formulat documentația de atribuire sau că modalitatea de demonstrare a capacității tehnice pentru

terțul susținător sunt neclare, ar fi trebuit să formuleze contestație împotriva acestora în termen de 10 zile de la luarea la cunoștință a actului vătămător, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și nu să invoce, la acest moment, că *„un răspuns simplu cu da sau nu ar fi fost de natură să clarifice acest aspect”*.

Intervenienta, analizând raportul procedurii și contestația formulată de asocierile SA, susține că reiese că ofertantul nu a depus documentele în conformitate cu prevederile din fișa de date și solicitarea de clarificări, cu toate că modul de elaborare al ofertei cât și cerințele exprese din documentația de atribuire nu au fost contestate de participanții la achiziție, iar prin depunerea ofertelor pentru achiziția în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă.

În același sens se precizează și la punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE.

În aceste condiții, intervenienta apreciază că orice nelămurire a contestatoarei referitoare la cerințele/obligațiile stabilite în cadrul documentației de atribuire putea fi clarificată cu autoritatea contractantă, anterior expirării termenului limită de depunere a ofertelor, prin aplicarea prevederilor art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, respectiv transmiterea unei solicitări de clarificări în acest sens.

În lipsa unui asemenea demers, dar și a necontestării documentației de atribuire, aceasta și-a dobândit caracterul obligatoriu, atât pentru ofertanți (care aveau obligația de a o respecta întocmai, la elaborarea ofertei), cât și pentru achizitoare (care avea obligația de a evalua ofertele prin raportare la aceasta).

Luând în considerare aspectele prezentate, nu se poate reține ca temeinice susținerile contestatoarei cu privire la faptul că acordul de subcontractare reprezintă și angajament de susținere, astfel încât nu ar mai fi necesar să se depună documentele anexă la angajamente și să se probeze modul efectiv în care subcontractanții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, având în vedere, pe de o parte, faptul că riscul întocmirii ofertei (demonstrarea experienței similare și capacității subcontractantului de a oferi susținere ofertantului pentru partea) cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, iar, pe de altă parte, apreciază intervenienta, în condițiile în care achizitoarea a menționat, în mod expres, modalitatea de completare a formularelor, criticile contestatoarei la acest moment sunt neîntemeiate și tardive. Totodată, este evident că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea a refuzat să răspundă solicitării adresate de către autoritatea contractantă, menționând că modul efectiv în care subcontractanții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere rezultă chiar din acordurile de subcontractare depuse în cadrul ofertei și care reprezintă și angajamentul de susținere conform art. 48 alin. (1) teza a II-a din HG nr. 395/2016, iar simpla trimitere la dispozițiile legale nu echivalează cu îndeplinirea cerințelor.

Faptul că, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, contestatoarea a refuzat să depună documente în dovedirea modului efectiv de susținere din partea subcontractanților, fără să conteste solicitările de clarificări adresate de către autoritatea contractantă, echivalează cu acceptarea acestora, asocierea SA având obligația depunerii unui răspuns menit să răspundă complet la întrebările comisiei de evaluare. Totodată, acest răspuns nu conduce obligatoriu la constatarea îndeplinirii cerinței, ci mai degrabă la inacceptabilitate ofertei, respectiv lipsa demonstrării îndeplinirii unei cerințe.

Prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, inclusiv a fișei de date a achiziției și a caietului de sarcini, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 129 din HG nr. 394/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. În cazul în care cerințele prevăzute în documentația de atribuire nu erau clare, iar solicitările de clarificări adresate de către autoritatea contractantă ar fi încălcat vreo prevedere legală, contestatoarea avea posibilitatea contestării lor, în temeiul Legii nr. 101/2016, însă a ales să nu le conteste și, prin urmare, să își asume obligația să răspundă întocmai cerințelor documentației.

Or, potrivit art. 129 din HG nr. 395/2016, prin necompletarea informațiilor solicitate, ofertantul și-a asumat inclusiv riscul eliminării din procedură, prin nedemonstrarea capacității subcontractanților de a îndeplini angajamentul de susținere.

În mod corelativ, intervenienta subliniază că și la nivelul instanțelor este de reținut o conduită similară, dedusă din practica națională, respectiv Decizia nr. 502/R/2017, HOTĂRÂREA C.J.U.E. pronunțată în cauza C-599/10.

Mai mult, ofertantul nu a înțeles cerința privind demonstrarea îndeplinirii celor menționate în Formularul nr. 5 sau 6, după caz, *„Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului” /Angajament ferm privind susținerea economică și financiară a ofertantului”,* considerând că nu trebuie să demonstreze modul efectiv în care vor fi implicați subcontractanții în îndeplinirea angajamentului ca terți susținători.

În concluzie, contestatoarea a dat dovadă că nu are capacitatea de a citi și înțelege solicitările documentației de unde reiese că nu are nicidecum capacitatea de a executa la un nivel satisfăcător de calitate lucrările supuse procedurii, refuzând să ofere clarificările solicitate de autoritatea contractantă.

De altfel, intervenienta solicită Consiliului să aibă în vedere că riscul întocmirii unei oferte incomplete este în sarcina operatorului economic, sens în care, prin contestația depusă, apreciază că operatorul își invocă

practic propria neglijență și lipsă de diligență în întocmirea ofertei depuse.

În acest sens, este temeinică și legală aprecierea autorității contractante potrivit căreia *„In cazul acestei proceduri, pentru cei doi operatori economici, Asocierea SSAB AG SA -lider, METAG INSAAT TICARET AS- asociat, ... SRL - asociat a depus numai Formularele DUAE si Acordurile de subcontractare, fără să prezinte niciun document din care să reiasă modul în care terții susținători vor interveni în caz de necesitate, așa cum prevede art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.”* .

Intervenienta menționează că, rolul comisiei de evaluare este, potrivit dispozițiilor art. 127 lit. f) din HG nr. 395/2016 de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din documentația de atribuire.

Față de cele prezentate mai sus, intervenienta susține că autoritatea contractantă a respectat declarațiile ofertantului și a solicitat documente din care să rezulte modul efectiv de realizarea a activităților subcontractate, însă ofertantul a refuzat să le prezinte și nici nu a contestat solicitarea de clarificări.

Astfel, raționamentul comisiei de evaluare, contrar alegațiilor contestatoarei, a fost unul corect și legal, sens în care decizia de respingere a acestei oferte s-a fundamentat exclusiv în baza prevederilor legale, iar nu ca urmare a unui motiv nelegal și excesiv, cum în mod eronat susține contestatoarea.

Mai mult, prin solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a fost suficient de explicită, solicitând dovada îndeplinirii în mod corespunzător a cerințelor din documentația de atribuire, respectiv dovada modului de efectiv de susținere din partea subcontractanților pentru cazul în care vor trebui să susțină tehnic partea subcontractă.

Astfel, intervenienta consideră că era în sarcina ofertantului obligația de diligență în sensul de a depune dovezile solicitate, în caz contrar acesta și-a asumat riscul de a-i fi declarat neconcludent răspunsul la solicitarea de clarificări, ceea ce s-a și întâmplat de o manieră legală și corectă.

În continuarea expunerii de mai sus și totodată în legătură directă cu aceasta, intervenienta face mențiunea că ofertantul încearcă să invoce în favoarea acestuia o eventuală culpă a autorității contractante, susținând în mod nejustificat faptul că *„răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de Autoritatea contractantă sunt perfect concludente, ele cuprinzând toate argumentele pentru care ofertantul a apreciat că pentru cei doi subcontractanți nu se impunea prezentarea angajamentelor de terț susținător, cu anexele aferente”*, contestatoarea recunoscând că nu îndeplinea cerința din documentație, respectiv că nu s-a conformat solicitării autorității contractante, deoarece așa a apreciat că este corect să răspundă, deși putea și trebuia să depună aceste dovezi, pe care în mod intenționat le-a omis cu ocazia depunerii DUAE.

Se impune totuși să precizeze că pasivitatea contestatoarei în așteptarea rezultatului evaluării, care, în fapt, echivalează cu atitudinea culpabilă a acesteia, nu poate justifica inițierea, la acest moment, a unui

demers judiciar prin care aceasta să reclame obligativitatea autorității contractante de a accepta refuzul contestatoarei de a clarifica modul în care asigură subcontractarea unei părți din serviciile de proiectare, întrucât ar echivala cu încălcarea principiului tratamentului egal.

Orice solicitare suplimentară de clarificări în legătură cu acest aspect ar fi determinat incidența dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, de vreme ce contestatoarea a refuzat să ofere lămuriri și documente la solicitarea de clarificări a autorității contractante.

Așadar, autoritatea contractantă a efectuat toate demersurile necesare în sensul de a-i solicita contestatoarei documentele care să facă dovada îndeplinirii cerinței similare, iar ofertantul avea obligația de a răspunde întocmai la aceste solicitări de clarificări, demonstrând că este capabil și că îndeplinește toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire, pentru a putea executa în mod legal contractul de lucrări, oferindu-se posibilitatea de către achizitoare, care a fost mai mult decât diligentă în prezenta procedură, de a remedia neregulile observate de către comisia de evaluare, astfel că orice culpă cu privire la respingerea ofertei contestatoarei îi aparține în totalitate.

În consecința, comisia de evaluare a apreciat în mod temeinic și legal că ofertantul contestator nu a făcut dovada că are capacitatea să execute contractul, motiv pentru care oferta a fost respinsă în mod corect de către autoritatea contractantă.

Deci, ... SA subliniază, față de oferta depusă de contestatoare, că autoritatea contractantă a dispus respingerea acesteia ca inacceptabilă, întrucât din documentele depuse nu rezultă modul în care terții susținători vor interveni în caz de necesitate, așa cum prevede art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Sub acest aspect, astfel cum reiese din raportul procedurii că, asocierea SA - - SRL nu a subcontractat întreaga proiectare, ci doar 07% din cei 3% alocați proiectării, conform fișei de date a procedurii.

În ceea ce privește modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la capacitatea tehnică și profesională de către subcontractantul care este și terț susținător, având în vedere *lucrările realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani și livrările de produse efectuate sau serviciile prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani*, prevederile îndrumării ANAP sunt interpretate tendențios și profund eronat de către asocierea SA, menite să inducă în eroare și să acopere neregula din această ofertă.

Contestatoarea ignoră cu desăvârșire sau alege să ignore ipoteza prevăzută la pag. 6 din îndrumare, coloana 2 *Livrările de produse efectuate sau serviciile prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani*, și care are în vedere că în privința acestei situații nu

este trecută nota de subsol 3 care reglementează posibilitatea nedepunerii documentelor care devin anexa la angajamentul ferm al terțului, iar din modul în care este redată în cadrul îndrumării, aceasta notă de subsol se aplică doar pentru situațiile de la coloanele 3-8, în această situație fiind necesar să se depună documente din care reiese că terțul dispune de resursele tehnice și profesionale pe care le va mobiliza în derularea contractului.

Totodată, intervenienta precizează că, din examinarea răspunsurilor la solicitările de clarificări, astfel cum se redă în contestație, se poate observa că angajamentele sunt formulate la modul general, nefiind îndeplinite dispozițiile art. 182 alin. (4).

De altfel, în condițiile în care autoritatea contractantă a solicitat în mod expres toate aceste aspecte, care se regăsesc în conținutul solicitării adresate, ... SA solicită respingerea ca neîntemeiate a afirmațiilor contestatoarei că acestea nu erau obligatorii în raport de prevederile îndrumării și Legii nr. 98/2016, intervenienta invocând de altfel hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, respectiv cauza C-324/14 Partner Apelski Dariusz împotriva Zarzqd Oczyszczania Miasta.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, la dispozițiile legale amintite, intervenienta consideră că aceasta s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, iar respingerea ofertei asocierii SA - - SRL este legală, cele susținute de contestatoare fiind nefondate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 42958/07.08.2023, ... SA, în calitate de lider al asocierii SA - - SRL, a transmis concluzii scrise, solicitând admiterea contestației formulate, reiterând solicitările din cadrul contestației.

Pentru a dispune astfel, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere argumentele expuse prin contestația formulată, pe care o menține în integralitate, precum și pe cele expuse punctual prin prezentele concluzii scrise, ca răspuns la argumentele invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere formulat, respectiv de intervenientă, prin cererea de intervenție depusă în cauză.

Pentru soluționarea contestației, ... SA, a constituit cauțiunea în sumă de 2.000.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 40270/26.07.2023, în original, recipisa de consemnare nr. 209348016/1, eliberată de CEC BANK SA - Sucursala Victoria, la data de 25.07.2023.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzelor conexate, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat o „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect «Proiect tehnic, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții:

„Construire stadion "..., .."», cod CPV 45212224-2 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1052002/15.02.2023, stabilind termenul limită de depunere a ofertelor la 30.03.2023, valoarea estimată, fără TVA, 330.989.232,47 lei și criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 2 oferte, respectiv asocierea SA - SRL și asocierea SA - - SRL. După evaluarea acestora, a fost stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. L12788/10.07.2023, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta asocierii SA - SRL, în timp ce oferta asocierii SA - - SRL a fost respinsă ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) HG nr. 395/2016.

Nemulțumit de acest rezultat SA, lider al asocierii SA - - SRL a formulat contestația care face obiectul prezentei cauze, solicitând cele prezentate în partea introductivă a deciziei.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că SRL, lider al asocierii SA - SRL, a transmis cererea de intervenție datată 31.07.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 41869/01.08.2023, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de SA ca neîntemeiată și menținerea actelor autorității contractante cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale în ceea ce privește oferta intervenientei, menținerea ca temeinic și legal a rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

În ceea ce privește demersul intervenientei, cererea de intervenție, transmisă prin e-mail la data de 31.07.2023 (în termenul prevăzut de art. 17 din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care contestația a fost publicată în SEAP la data de 21.07.2023), este încuviințată în principiu, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea acesteia dovedește interes legitim propriu în pricină, în condițiile în care intervenienta a fost declarată câștigătoare.

Din conținutul contestației rezultă că SA, lider al asocierii SA - - SRL este nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale, considerând că aceasta este nelegală.

Astfel, potrivit raportului procedurii, oferta contestatoarei a fost respinsă motivat de faptul că acesta „nu a îndeplinit unul sau mai multe criterii de calificare stabilite în documentația de atribuire, iar clarificările/completările transmise nu sunt concludente”, comisia de evaluare reținând că, urmare a analizării documentelor depuse de ofertant în dovedirea experienței similare, a informațiilor din cadrul DUAЕ-urilor depuse de subcontractanții (... și a răspunsurilor ofertantului cu privire la aceste contracte, a constatat că asocierea nu a prezentat odată cu acordurile de subcontractare, documentele din care să rezulte modul

efectiv prin care terții susținători – subcontractanții vor îndeplini propriul angajament de susținere, documente care se constituie anexe la respectivul angajament, așa cum prevede art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În analizarea contestației, Consiliul apreciază relevante următoarele prevederi ale fișei de date a achiziției:

- pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:

„Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Cerința nr. 2: Experiență similară în servicii

Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, (raportați la data limita de depunere a ofertei stabilită inițial prin anunțul de participare) cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați, însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent. Prin lista serviciilor prestate însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent, ofertantul trebuie facă dovada că, în ultimii 3 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit, servicii similare cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, servicii de proiectare cu o valoare totală cumulată minim 10.000.000,00 Lei fără TVA în cadrul a maxim 3 contracte, cu mențiunea ca cel puțin un contract să fie o construcție cu destinație sportivă.

Prin servicii similare se înțelege servicii de elaborare și/sau revizuire și/sau actualizare și/sau completare Studiu de Fezabilitate și/sau Documentație tehnică pentru Autorizarea de construire și/sau Proiecte tehnice și/sau Detalii de execuție și/sau DALI.

(...)

Nota 2: În ceea ce privește completarea formularului DUAЕ, cu privire la informațiile aferente experienței similare, se vor completa toate secțiunile aferente experienței (valoare, perioada, beneficiar etc.) și descrierea serviciilor prestate.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va prezenta DUAЕ în conformitate cu prevederile art. 193 alin. 1 din Legea 98/2016. Din documentele prezentate în vederea susținerii experienței similare (recomandări, procese verbale de predare primire) trebuie să rezulte: prestarea serviciilor, valori, perioade de prestare - data de început - data de finalizare, beneficiari - indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați, că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și ca au fost duse la bun sfârșit.

Aceste documente vor fi prezentate la finalizarea evaluării ofertelor la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar. (...)

Proporția de subcontractare

Autoritatea contractantă solicită ofertantului să precizeze în ofertă partea sau părțile (categoriile de servicii/ lucrări) din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze, procentul aferent activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți, precum și

datele de identificare ale subcontractanților propuși, conform art. 55 alin. (1) lit. a) și b). În acordul de subcontractare se vor menționa: denumirea subcontractantului/subcontractanților, datele de identificare ale subcontractantului/subcontractanților, denumirea lucrărilor/ serviciilor ce vor fi executate de subcontractant/subcontractanți, procentul lucrărilor/ serviciilor executate de către subcontractant/ subcontractanți.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va prezenta DUAЕ în conformitate cu prevederile art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, iar documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAЕ urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Dacă este cazul, odată cu prezentarea DUAЕ se vor transmite și acordurile de subcontractare”

- pct. IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei:

«Prezentarea ofertei se va face în următoarele condiții:

(...)

1. INFORMATII PRIVIND TERTII SUSTINATORI

Dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui/unor terț/terți în vederea îndeplinirii unui/unor criteriu/ii de calificare, ofertantul are obligația de a completa DUAЕ, partea II "Informații referitoare la operatorul economic", secțiunea C "Informații privind utilizarea capacităților altor entități".

De asemenea, fiecare terț susținător va completa un formular DUAЕ separat care să cuprindă informațiile solicitate în: - partea II "Informații referitoare la operatorul economic" - secțiunea A "Informații privind operatorul economic" și B "Informații privind reprezentanții operatorului economic", - partea III "Motive de excludere" - partea IV "Criteriile de selecție" – Secțiunea C "Capacitatea tehnică și profesională" - în situația în care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și sau profesională.

Operatorul economic va depune odată cu oferta și DUAЕ, Formularul nr. 5 sau 6, după caz, „Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului”/Angajament ferm privind susținerea economică și financiară a ofertantului. În baza prevederile art. 182 alin. 4 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, terții susținători vor prezenta documente justificative din care să rezulte modul efectiv prin care vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv modul în care vor interveni în situația în care ofertantul nu își poate îndeplini obligațiile contractuale. În acest sens se va prezenta un plan de mobilizare detaliat care să cuprindă resursele umane, materiale și utilajele alocate, cu precizarea intervalului

de timp în care va interveni în caz de necesitate (după caz). În detalierea planului de mobilizare se va ține cont de complexitatea lucrărilor, așa cum au fost descrise în documentația de atribuire, precum și de termenul cerut de autoritatea contractantă pentru finalizarea proiectului.

Toate aceste documente se vor prezenta odată cu angajamentul de susținere.

2. INFORMATII PRIVIND SUBCONTRACTANTII

În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAЕ, partea II "Informații referitoare la operatorul economic", secțiunea D "Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează", și partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnica și profesională" .

De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAЕ separat care să cuprindă informațiile solicitate în: - partea II "Informații referitoare la operatorul economic" - secțiunea A "Informații privind operatorul economic" și B "Informații privind reprezentanții operatorului economic", - partea III "Motive de excludere".

Operatorul economic va depune o data cu oferta si DUAЕ si Acordul de subcontractare (care să conțină cel puțin următoarele:

- Denumire subcontractant
- Date de identificare subcontractant.
- Denumirea lucrărilor/serviciilor ce vor fi executate/prestate de subcontractant.
- Procentul lucrărilor/serviciilor executate/prestate de subcontract.

Documentele justificative, care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc (care beneficiază de susținere din partea unui terț) în urma aplicării criteriului de atribuire."

Din conținutul ofertei depusă de asocieria SA - - SRL, rezultă că ofertantul a nominalizat mai mulți subcontractanți, în cadrul DUAЕ-urilor celor trei membrii ai asocierii, consemnându-se următoarele informații relevante speței:

- ... SRL – subcontractant;
- – subcontractant.

La cap. C Informații privind utilizarea capacităților altor entități, din DUAЕ-urile depuse de cei trei membrii ai asocierii, în legătură cu întrebarea „Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos?”, răspunsul ofertantului fiind „Nu”, rezultând astfel că asocieria nu a înțeles să apeleze la susținerea unui terț pe a cărei capacitate să se bazeze.

..... SRL a menționat în cadrul DUAЕ-ului depus, a secțiunea „Proporția de subcontractare” următoarele:

„Subcontractanți:

... SRL – servicii de proiectare la specialitățile arhitectură, rezistență și sistematizare verticală, inclusiv studiile aferente – 8.569.851 lei;

(...)

... – servicii de proiectare arhitectură”.

În legătură cu subcontractanții anterior amintiți, ofertantul a depus DUAЕ-urile completate de aceștia, precum și acordul de asociere nr. SB127/26.04.2023, încheiat între asocieria SA - - SRL și ... și acordul de asociere nr. SSB 129/26.04.2023 încheiat între asociere și ... SRL.

Analizând cele două DUAЕ-uri, rezultă următoarele informații:

- ... a indicat, la secțiunea aferentă experienței similare în lucrări, două contracte;

- ...I SRL a indicat, la secțiunea experienței similare în servicii, un contract.

Prin adresa nr. 8158L/02.05.2023, autoritatea contractantă, în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, a solicitat clarificări asocierii contestatoare sub mai multe aspecte, la întrebarea 2 menționând următoarele:

„Având în vedere că prin documentația de atribuire s-a solicitat pentru îndeplinirea «Cerinței nr. 2 Experiență similară în servicii – Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade (...). Prin servicii similare se înțelege servicii de elaborare și/sau revizuire și/sau actualizare și/sau completare Studiu de Fezabilitate și/sau Documentație tehnică pentru Autorizarea de construire și/sau Proiecte tehnice si/sau Detalii de execuție si/sau DALI.”, (...) justificați cum îndepliniți această cerință, întrucât din informațiile regăsite în formularele DUAЕ nu reies contractele care susțin îndeplinirea acesteia”.

La această solicitare, ofertantul a răspuns prin adresa nr. SSB144/05.05.20230, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 8453L/08.05.2023, precizând că în cadrul DUAЕ-ului completat de SRL sunt menționate următoarele contracte:

- .. – 8.994.862,21 lei;

- ..Campus universitar – 3.251.706,23 lei.

În legătură cu aceste 2 contracte, ofertantul a precizat că „dintr-o eroare materială” a omis să menționeze că ambele contracte au ca obiect prestarea de servicii.

Pe de altă parte, în cadrul aceluiași răspuns, ofertantul a menționat că în cadrul DUAЕ completat de SRL a fost prezentat contractul nr. 6612/13.01.2023, Elaborare documentație tehnico-economică la faza de studiu de fezabilitate, expertiză tehnică, studii de teren, documentație obținere avize pentru obiectivul de investiții «Construire complex sportiv Constanța», cu valoarea de 1.334.469,81 lei.

În cadrul procesului verbal nr. 8487L/08.05.2023, comisia de evaluare a menționat că, raportat la acest răspuns al ofertantei, având în vedere prevederile fișei de date a achiziției (pct. IV.4.3 – informațiile referitoare la terții susținători), precum și faptul că cele trei contracte indicate ca experiență similară în servicii sunt ale subcontractanților desemnați, este necesar să i se solicite ofertantului să precizeze cum respectă cerințele fișei de date a achiziției invocate, precum și prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu a prezentat modul efectiv prin care subcontractanții (terții susținători) vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

În sensul celor reținute în procesul verbal nr. 8487L/08.05.2023, a fost transmisă contestatoarei adresa nr. 8502L/08.05.2023.

Ofertantul a transmis răspunsul nr. SSB144/09.05.2023, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 86072/09.05.2023, în cadrul căruia a menționat că îndeplinirea cerinței de participare privind experiența similară în servicii, solicitată prin documentația de atribuire în cadrul cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, a fost demonstrată prin contractele celor doi subcontractanți, respectiv SRL și ... SRL, contracte menționate în DUAE-urile completate de cei doi subcontractanți, din cadrul acordurilor de subcontractare încheiate cu cei doi subcontractanți, depuse în cadrul ofertei, rezultând că obiectul acestora sunt serviciile de proiectare, context în care devin aplicabile prevederile art. 172 alin. (4) și art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 48 alin. (1) teza a II-a din HG nr. 395/2016.

De asemenea, contestatoarea a menționat în răspunsul transmis că *«în cazul prezentei oferte, nu suntem în ipoteza terțului susținător care își asumă și rolul de subcontractant, ci în aceea a subcontractantului pe ale cărui resurse se bazează ofertantul pentru îndeplinirea anumitor cerințe privind capacitatea tehnică și profesională (menționate ca atare în DUAE-urile completate de subcontractanții referiți), care sunt responsabili pentru serviciile de proiectare pentru care s-a impus cerința, conform clauzelor contractuale aplicabile, și care se prezumă că au cunoștință de prevederile legale care le guvernează activitatea ce urmează a fi derulată în cadrul acestui proiect.*

Din motivul expus, sunt inaplicabile situației de față prevederile Fișei de date (pct. IV.4.3) invocate în solicitarea dumneavoastră de clarificare, acestea fiind cuprinse de altfel la subpct. 1 - Informații privind terții susținători (și care nu sunt și subcontractanți, nefiind astfel implicați în executarea contractului, acesta fiind contextul în care ar deveni necesar "un plan de mobilizare") și care nu prevăd obligația prezentării planului de mobilizare detaliat și în ipoteza subcontractantului pe ale cărui resurse se bazează ofertantul pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională.

În cazul ofertei noastre, interpretarea prevederilor Fișei de date trebuie să se grefeze pe dispozițiile legale incidente, astfel cum acestea au fost anticipate, potrivit cărora acordul de subcontractare reprezintă și angajament de susținere, astfel încât "modul efectiv în care subcontractanții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere" rezultă chiar din acordurile de subcontractare depuse în cadrul ofertei și care reprezintă și angajament de susținere conform art. 48 alin. (1) teza a II-a din HG nr. 395/2016».

Comisia de evaluare a considerat neconcludent acest răspuns și stabilit că oferta este inacceptabilă, invocând art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește neprezentarea modului efectiv de îndeplinirea a contractului de subcontractanții pe ale căror capacități se bazează contestatoarea în îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară pentru servicii, Consiliul nu împărtășește concluzia comisiei de evaluare, în condițiile în care, prin răspunsul transmis, asocierea contestatoare a justificat cum îndeplinește cerințele documentației de atribuire, respectiv motivul neprezentării documentelor solicitate de autoritatea contractantă.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul apreciază relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 172 alin. (4) din legea nr. 98/2016:

„Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens”;

- art. 193 alin. (3) din același act normativ:

„În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”.

- art. 48 alin. (1) teza finală (a II-a) din HG nr. 395/2016:

„Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm”.

Din conținutul acestor norme, rezultă că legiuitorul a stabilit că ofertantul poate decide să subcontracteze o parte din contract și se poate baza pe capacitățile subcontractantului/subcontractanților propuși, cu condiția ca, în această situație, în DUAЕ-urile subcontractantului/subcontractanților să fie menționate informațiile care prezintă relevanță

din perspectiva capacităților acestora pe care se bazează ofertantul în cadrul procedurii de atribuire respective, legiuitorul indicând în mod expres că acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajament ferm.

În speță, asocierea contestatoare nu a invocat, în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară pentru servicii, susținerea unui terț, așa cum este aceasta prevăzută de art. 182 din Legea nr. 98/2016, ci experiența similară a subcontractanților care, potrivit acordurilor de subcontractare, vor realiza, o parte a acestor servicii.

În aceste condiții, Consiliul reține că ofertei contestatoarei nu îi sunt aplicabile prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, intervenția celor 2 subcontractanți în cadrul contractului fiind certă și limitată, potrivit acordurilor de subcontractare, la prestarea de servicii de proiectare și nu este condiționată de imposibilitatea ofertantului de realizare a contractului, adică nelimitată în ceea ce privește participarea acestora la realizarea contractului.

Relevantă în soluția Consiliului este chiar definiția subcontractantului, regăsită la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia acesta reprezintă *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”*.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că entitatea implicată în procedura de atribuire, în calitate de subcontractant realizează o parte din obiectul contractului de achiziție publică, iar acest fapt este cunoscut încă de la depunerea ofertei, situație fundamental diferită de cea a terțului susținător, a cărui implicare în contract este probabilă și condiționată de situația particulară în care ofertantul este posibil să se găsească pe parcursul derulării relației contractuale cu autoritatea contractantă.

Cât privește descrierea modalității în care subcontractantul execută partea corespunzătoare din contractul de achiziție publică, aceasta se regăsește în oferta depusă, ce conține inclusiv descrierea modului în care vor fi realizate activitățile subcontractate.

Într-o astfel de situație, este evident că asocierea contestatoare nu avea obligația de a prezenta un pretins mod efectiv în care subcontractanții vor asigura îndeplinirea contractului, în acest sens fiind și Îndrumarea publicată de ANAP, publicată la data de 25.01.2022, privind instituția „terțului susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Pe de altă parte, Consiliul nu poate reține ca relevantă speței trimiterea autorității contractante la Consilierea metodologică transmisă de ANAP, motivat de faptul că situația care a condus la răspunsul ANAP, (respectiv „situația în care terțul susținător are și calitatea de

subcontractant” – adresa CNI nr. 42916/09.08.2022) a fost diferită de situația din prezenta cauză, în care cei 2 subcontractanți au această calitate de la debutul procedurii.

Consiliul subliniază diferența notabilă între situația juridică a terțului susținător declarat ca atare în ofertă, și care, în condițiile legii, devine subcontractant și situația subcontractantului declarat în ofertă sub această

calitate și care, în condițiile art. 48 din HG nr. 395/2016, este considerat și terț susținător.

De altfel, Consiliul nu poate reține ca relevante nici trimiterile autorității contractante la practica instanței naționale, întrucât și în aceste cazuri situațiile au fost diferite de cele din prezenta speță în care nu au existat terți susținători care să fie nominalizați ca subcontractanți.

În aceste condiții, critica autoarei contestației sub acest aspect, este întemeiată.

Cu privire la faptul că, în cadrul DUAЕ-ul completat de subcontractantul SRL, acesta a inclus informațiile cu privire la experiența similară în secțiunea dedicată lucrărilor și nu serviciilor, Consiliul apreciază că acest aspect reprezintă o eroare materială care ar fi trebuit să conducă la solicitarea unui DUAЕ revizuit, conform art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SA, lider al asocierii SA - - SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei asocierii SA - - SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei depusă de asocieria SA - - SRL, să continue procedura de atribuire și să comunice rezultatul acesteia.

Față de cele anterior reținute, Consiliul, încuvințând cererea de intervenție formulată de SA, lider al asocierii SA - SRL, o va respinge.

Pentru aceste motive,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SA, lider al asocierii SA -
- SRL în contradictoriu cu SA.

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei asocierii SA - - SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei depusă de asocieria SA - - SRL, să continue procedura de atribuire și să comunice rezultatul acesteia.

Încuviințează în principiu și respinge cererea de intervenție formulată de SA, lider al asocierii SA - SRL.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 24 pagini.

Redactată practica deciziei ...