

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL, cu sediul în localitatea ..., având CUI RO ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva adresei nr. 16916/07.08.2024 privind comunicarea rezultatului procedurii, document emis de către JUDEȚUL ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, derulată on line, în vederea atribuirii contractului având ca obiect **„Execuție lucrări «Reabilitare și modernizare ...»**, cod CPV 45233120-6, anunț de participare nr. .../12.06.2024, s-au solicitat Consiliului următoarele:

„• Anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depuse de Asocieria ... -... SRL - ... SRL- ... SRL

• Anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depuse de Asocieria ... -... SRL - ... SRL- ... SRL

• Anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

• Obligarea autorității contractante la reluarea/continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL în conformitate cu cele stabilite în decizia CNSC ce se va pronunța”.

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

Prezentând situația de fapt, contestatorul arată că asocieria sa a depus ofertă în cadrul procedurii, dar aceasta a fost respinsă, ca inacceptabilă, pe motiv că nu ar fi făcut dovada deținerii stației de mixtură asfaltică, declarând în mod eronat un furnizor în calitate de subcontractant. Ca urmare a respingerii ambelor oferte depuse, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire.

Considerând nelegală decizia de respingere a ofertei asocierii sale, contestatorul precizează că organizatoarea procedurii i-a analizat

superficial oferta, deoarece a făcut dovada deținerii stației de mixtură asfaltică, „în chirie”, conform promisiunii de închiriere care se regăsește la pag. 271-273 din propunerea tehnică.

În acest sens, formulează următoarele critici:

1. Contrar susținerilor autorității contractante, asocierea a făcut dovada deținerii stației de mixtură prin promisiunea de închiriere nr. 194/20.06.2024, document ce se regăsește la pag. 271-273 din propunerea tehnică, precum și prin anexele acestui înscris (declarații de performanță etc).

Raportându-se la cerințele din cap. III.1.3.a) din fișa de date, petentul consideră că prin promisiunea de închiriere prezentată anterior, încheiată cu ... SRL, a făcut dovada deținerii stației de mixtură asfaltică, iar în lista de utilaje, pag. 1611 - 2335 din propunerea tehnică, a precizat că aceasta se află „în chirie”.

Cu referire la răspunsul asocierii la solicitarea de clarificări, susține că nu poate fi considerat neconcludent, întrucât întrebarea organizatoarei procedurii nu a vizat modul de deținere a stației de mixtură asfaltică, iar asocierea a indicat, în mod expres, că nu se bazează pe capacitatea tehnică a subcontractantului

În acest context, ... SRL subliniază că asocierea sa a îndeplinit cerința fișei de date prin promisiunea de închiriere depusă, și nu în temeiul relației de subcontractare.

2. Susține că declararea societății ... SRL în calitate de subcontractant, cu o valoare de 1%, nu poate atrage excluderea asocierii sale din procedură. Decizia de excludere încalcă principiul proporționalității și decizia de anulare a procedurii de atribuire este în detrimentul interesului public.

În acest sens, reia argumentele referitoare la îndeplinirea cerinței fișei de date în ceea ce privește deținerea stației de mixtură asfaltică.

Contestatorul precizează că serviciile puse la dispoziție de către ... SRL în temeiul acordului de subcontractare vizează aspecte necesare furnizării de mixtură, așa cum a arătat în răspuns (ex. instalare stație și

configurare, adaptare software la necesitățile proiectului, mentenanță software etc), însă pentru stația deținută de asocierie.

Detaliind, petentul prezintă diferența dintre un furnizor și un subcontractant, sens în care invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016 și jurisprudența CJUE.

Subliniază că cerința de calificare a fost îndeplinită de asocierie, iar respingerea ofertei, fără o solicitare de clarificări concretă în acest sens, reprezintă o gravă încălcare a principiului proporționalității și afectează, în mod direct, și interesul public, întrucât urmare a excluderii ofertei asocierii sale, autoritatea contractantă a decis, în mod neîntemeiat, anularea procedurii de atribuire, sens în care detaliază.

În drept au fost invocate dispozițiile legale menționate în cuprinsul documentului, iar în probațiune au fost solicitate înscrisuri.

Prin adresa nr. ... din 22.08.2024, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, prin raportare la suma de 880.000,00 lei indicată în recipisa de consemnare nr. 210490167/1 din 20.08.2024, Consiliul i-a solicitat contestatorului dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal (1.027.660,56 lei), respectiv completarea acesteia cu suma de 147.660,56 lei.

De asemenea, în temeiul art. 10 alin. (1) din același act normativ, i-a solicitat să depună la dosarul cauzei, în copie, raportul procedurii și decizia de anulare a procedurii, documente a căror anulare o solicită prin contestație, precum și dovada datei recepționării acestor documente.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, raportul procedurii nr. 16915/07.08.2024, precum și dovada recepționării acestui document în aceeași dată.

Prin adresa nr. 17792/23.08.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă JUDEȚUL ... a transmis punct de vedere cu privire la contestația Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În cadrul documentului, după ce prezintă datele relevante ale anunțului de participare, precum și operatorii economici ce au depus ofertă, respectiv asocieria contestatorului și Asocieria ... - ..., organizatoarea procedurii susține că, în etapa de evaluare a garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, ambele oferte au fost respinse ca inacceptabile. Acest rezultat i-a fost comunicat contestatorului prin adresa nr. 16916/07.08.2024.

Susținând că este neîntemeiată și nefondată contestația, autoritatea contractantă prezintă următoarele argumente:

1. Prin fișa de date a achiziției a solicitat următoarea cerință de calificare:

„Capacitatea tehnică și/sau profesională:

Ofertantul trebuie să facă dovada că deține sau dispune printr-o modalitate, respectiv dotare proprie, închiriere, punere la dispoziție, comodat sau împuternicire notarială, de autoutilaje, instalații și echipamente solicitate pentru îndeplinirea contractului:

(...)

3) Stație de mixtură asfaltică cu raport de inspecție valabil + Anexe și Certificatul de conformitate al Controlului Producției în fabrică - 1 buc.

(...)”.

2. A analizat documentele de calificare ale asocierii contestatorului și a constatat că cerința invocată la punctul anterior a fost îndeplinită prin subcontractantul ... SRL, astfel cum rezultă din DUAЕ completat de această societate și din documentele prezentate, aferente stației de mixturi asfaltice aparținând ... SRL.

Organizatoarea procedurii precizează că, în cadrul documentelor de calificare, însoțitoare DUAЕ, asocierea contestatorului a prezentat acordul de subcontractare nr. 193/26.07.2024, încheiat între ... SRL și ... SRL, ce are ca obiect asigurarea mixturii asfaltice și emulsiei necesare executării lucrărilor, de către subcontractantul ... SRL.

3. Prin adresa nr. 16193/29.07.2024, i-a solicitat clarificări asocierii contestatorului în sensul indicării activităților ce se vor subcontracta conform caietului de sarcini/ documentației de atribuire în baza acordului de subcontractare nr. 193/26.07.2024, încheiat între ... SRL și ... SRL.

Autoritatea contractantă redă răspunsul primit la adresa prin care a solicitat clarificări, respectiv: *„După cum am arătat mai sus, din punctul de vedere al achizițiilor publice este decizia exclusiv a ofertantului nominalizarea unui subcontractant pe a căror capacități acesta nu se bazează. Într-o astfel de situație, ... SRL a fost declarat subcontractant având în vedere că va asigura mixtura asfaltică și emulsia necesară executării lucrărilor care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, pentru a evita blocarea lucrărilor, având în vedere sfera de interes a lucrărilor - interes județean, dar și orice întârziere care ar putea apărea pe parcurs”.*

4. Precizează că răspunsul asocierii a fost considerat neconcludent, deoarece din DUAE și din documentele însoțitoare rezultă că ofertantul se bazează pe capacitatea tehnică a subcontractantului ... SRL în ceea ce privește dovada deținerii/ dispunerii de stație de mixtură asfaltică.

De asemenea, a constatat că ... SRL nu va executa activități care fac parte din obiectul contractului, ci doar va pune la dispoziția contractantului produse (mixtura asfaltică și emulsia) fără a interveni în desfășurarea unor etape din contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

5. Organizatoarea procedurii menționează că potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016 „furnizorul” este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant, iar „subcontractantul” execută/ furnizează părți sau elemente ale lucrărilor/ construcției, ori îndeplinește activități ce fac parte din obiectul contractului, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

6. Raportându-se la temeiurile de drept anterior menționate, autoritatea contractantă consideră că ... SRL are calitatea de furnizor în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

7. În combaterea criticii potrivit căreia asocierea contestatorului a prezentat dovada deținerii stației de mixtură asfaltică la pag. 271-273 din propunerea tehnică, respectiv promisiunea de închiriere, organizatoarea procedurii arată că această dovadă trebuia prezentată în cadrul documentelor de calificare.

Totodată, susține că documentul invocat, promisiunea de închiriere, nu face dovada deținerii stației de mixtură asfaltică, conform cerințelor documentației de atribuire, unde sunt indicate în mod clar documentele doveditoare, sens în care detaliază.

8. Considerând că susținerile petentului se contrazic cu cele transmise prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 16193/29.07.2024, autoritatea contractantă precizează că prin răspuns a indicat că ... SRL va asigura mixtura asfaltică și emulsia necesară executării lucrărilor ce fac obiectul contractului, iar prin contestație a susținut că a închiriat stația de mixtură asfaltică de la aceeași societate.

Astfel, prin încheierea unui contract de închiriere, locatarul (...) va avea folosința integrală a stației de mixturi asfaltice, fiind imposibil din punct de vedere juridic ca ... SRL să poată asigura mixtura asfaltică și emulsia necesară executării lucrărilor care fac obiectul contractului, neavând nicio calitate în acest sens.

9. Referindu-se la celelalte susțineri ale contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că sunt neîntemeiate.

În drept au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, iar în dovedire au fost solicitate înscrisuri.

Dovada comunicării acestui document către contestator a fost atașată.

În probațiune, prin adresa nr. 17982/27.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis, pe suport electronic (stick de memorie), documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 337/27.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatorul a răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

În cadrul documentului, în combaterea considerentelor organizatoarei procedurii, ... SRL reiterează argumente privind încălcarea principiului proporționalității, iar în ceea ce privește societatea ... SRL, consideră că declararea eronată a acestui subcontractant, cu o valoare de 1%, nu poate atrage excluderea din procedură, sens în care invocă dispozițiile art. 174 din Legea nr. 98/2016, menționând că este permisă înlocuirea o singură dată a subcontractantului declarat.

Precizează că, față de stația indicată în ofertă, asocierea sa deține o stație suplimentară, fiind în măsură să execute lucrările ce fac obiectul contractului.

Dovada comunicării acestui document către autoritatea contractantă a fost atașată.

În completarea probațiunii, prin adresa nr. 18176/29.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă ... a transmis, prin e-mail, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 18392/03.09.2024, înregistrat la CNSC sub nr. ..., organizatoarea procedurii a formulat concluzii scrise prin care a combătut răspunsul contestatorului la punctul de vedere, sens în care a reiterat argumente deja prezentate.

Dovada comunicării acestui document către contestator a fost transmisă la dosarul cauzei, fiind înregistrată la CNSC sub nr.

Prin adresa nr. 18176/29.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă ... a transmis la dosarul cauzei, în format letric, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 370/05.09.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatorul a răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

În cadrul documentului combate argumentele organizatoarei procedurii, sens în care reia o parte din motivele din contestație și invocă jurisprudența CJUE.

Dovada comunicării către autoritatea contractantă a fost transmisă la dosarul cauzei în data de 05.09.2024, fiind înregistrată la CNSC sub nr.

Ca răspuns, autoritatea contractantă ... a transmis adresa nr. 18751/09.09.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., prin care a reluat argumente deja prezentate și a solicitat respingerea contestației.

Dovada comunicării către contestator a fost atașată.

Ulterior, prin adresa nr. 385/10.09.2024, înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a răspuns la concluziile autorității contractante, apreciind că, față de conținutul deciziei de respingere, instituția a prezentat motive noi pentru excluderea ofertei asocierii sale.

Dovada comunicării către organizatoarea procedurii a fost atașată.

Prin nota încheiată în data de 12.09.2024, în temeiul dispozițiilor 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, completul de soluționare a decis prelungirea termenului de soluționare a dosarului CNSC nr. ... cu 10 zile, această decizie fiind comunicată autorității contractante prin adresa nr.

Prin adresa nr. 209/21.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 2024, ... SRL a depus la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210490167/1 din 20.08.2024, eliberată de ..., în cuantum de 880.000,00 lei.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a depus la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210497719/1 din 22.08.2024, eliberată de ..., în cuantum de 147.661,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat licitația deschisă, derulată on line, în vederea atribuirii contractului având ca obiect **„Execuție lucrări ...”**, cod CPV 45233120-6, sens în care a publicat în SEAP anunțul de participare nr. .../ 12.06.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 51.383.028,16 lei, fără TVA. Conform documentației de atribuire, criteriul de atribuire al contractului este *„cel mai bun raport calitate – preț”*, având următorii factori de evaluare:

- *„prețul ofertei”* – pondere 90%;
- *„Perioada de garanție acordată lucrărilor”* – pondere 10%.

Procedând la analiza actualei contestații formulate de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL,

Consiliul reține că acest contestator este nemulțumit de rezultatul prezentei proceduri de atribuire, consemnat în raportul procedurii de

atribuire cu nr. 16915/07.08.2024 (vol. 1/1 al dosarului cauzei) și comunicat prin adresa nr. 16916/07.08.2024 (vol. 1/1 al dosarului cauzei), respectiv de decizia de respingere a propriei oferte și de decizia de anulare a procedurii de atribuire, adoptată cu invocarea dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016,

motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația care face obiectul prezentei analizând aspectele criticate, raportat la conținutul documentelor achiziției și la prevederile legale incidente.

Astfel, raportat la criticile formulate în prezenta contestație, Consiliul reține că, prin instrucțiunile pentru ofertanți, publicate în SEAP sub identificatorul „[.../00014] FisaDate_DF1217274.pdf” și intitulate generic „Fișa de date”, autoritatea contractantă a solicitat, în cadrul **Secțiunii III.1.3) - Capacitatea tehnică și profesională** din anunțul de participare simplificat, următoarele cerințe legate de îndeplinirea **criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică și profesională:**

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

(...)

Utilaje, instalații și echipament tehnic

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul trebuie sa faca dovada ca detine sau dispune printr-o modalitate, respectiv dotare proprie, închiriere, punere la dispozitie, comodat sau imputernicire notariala, de autoutilaje, instalatii si echipamente solicitate pentru indeplinirea contractului:

(...)

3) **Statie de mixtura asfaltica** cu raport de inspectie valabil + Anexe si Certificatul de conformitate al Controlului Productiei in fabrica – 1 buc.”

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a formulat o cerință prin care a lăsat la latitudinea operatorilor economici interesați să facă dovada că dețin sau dispun de stația de mixtură asfaltică sus citată, prin **diverse modalități**, cum ar fi **închiriere**, o formulare care nu stabilește în mod clar, fără

echivoc, ce condiții, la nivel de act/document etc. trebuie să îndeplinească dovezile prezentate în acest sens.

Consiliul subliniază, în acest context, că potrivit prevederilor art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016, „Operatorul economic **face dovada** îndeplinirii **cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională** prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

(...)

j) **o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului;**”.

În etapa de verificare DUAE și a documentelor însoțitoare, autoritatea contractantă a transmis către Asociera ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL adresa cu nr. 16193/29.07.2024 (vol. 1/1 al dosarului cauzei), prin care a solicitat acestei asocieri, următoarele clarificări:

„4. Cu privire la acordul de subcontractare Nr. 193/26.07.2024, încheiat între ... S.R.L. si **SC ... SRL, va rugam precizati punctual care sunt activitățile ce se vor subcontracta** conform caiet de sarcini/documentație de atribuire.”.

Asociera ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL a răspuns la solicitarea de clarificări anterior citată, prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 16312/30.07.2024 (vol. 1/1 al dosarului cauzei), menționând că:

„Dupa cum am aratat mai sus, din punctul de vedere al achizițiilor publice este decizia exclusiv a ofertantului nominalizarea unui subcontractant **pe a căror capacitati acesta nu se bazeaza.**

Intr-o astfel de situatie, ... SRL a fost declarat subcontractant avand in vedere ca va asigura mixtura asfaltica si emulsia necesara executării lucrărilor care fac obiectul contractului care urmeaza a fi atribuit, pentru a evita blocarea lucrărilor, avand in vederea sfera de interes a lucrărilor - interes județean, dar si orice întârziere care ar putea aparea pe parcurs.”.

Ulterior verificării răspunsului anterior menționat, transmis de către Asociera ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât respingerea ofertei depuse de această asociera, ca fiind inacceptabilă, motivele acestei respingeri constând, potrivit justificărilor autorității contractante, reflectate în esență în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii, transmisă acestuia, în faptul că:

„Prin prezenta va comunicam ca **oferta depusa de societatea dumneavoastra a fost respinsa ca:**

- **inacceptabila conform art. 134 alin 5 din HG 395/2016 (răspunsul la solicitarea de clarificari nu este concludent), si potrivit art. 137 alin 2 lit. b)** din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare.

Justificare:

1 .Analizand informațiile din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, comisia de evaluare a constatat faptul ca ofertantul a prezentat acordul de subcontractare Nr. 193/26.07.2024, încheiat între ... S.R.L si SC ... SRL, ce

are ca obiect asigurarea mixturii asfaltice si emulsiei necesara executării lucrărilor, de catre subcontractant.

2. Totodata, in vederea îndeplinirii criteriilor de calificare privind Capacitatea tehnica si profesionala a ofertantului, respectiv dovada deținerii/disponerii de Statie de mixtura asfaltica, ofertantul a declarat faptul ca îndeplinește aceasta cerința prin subcontractantul SC ... SRL, prezentând documentele aferente statiei de mixture asfaltice apartinand SC ... SRL.

3. Prin solicitarea de clarificari nr. 16193/29.07.2024 comisia de evaluare a solicitat ofertantului sa precizeze punctual care sunt activitatile ce se vor subcontracta conform caiet de sarcini/documentatie de atribuire, in baza acordului de subcontractare Nr. 193/26.07.2024, incheiat intre ... S.R.L si SC ... SRL.

Fata de acest aspect, ofertantul a răspuns dupa cum urmeaza:

Dupa cum am aratat mai sus, din punctul de vedere al achizițiilor publice este decizia exclusiv a ofertantului nominalizarea unui subcontractant pe a căror capacitati acesta nu se bazeaza.

Intr-o astfel de situatie, ... SRL a fost declarat subcontractant avand in vedere ca va asigura mixtura asfaltica si emulsia necesara executării lucrărilor care fac obiectul contractului care urmeaza a fi atribuit, pentru a evita blocarea lucrărilor, avand in vedere sfera de interes a lucrărilor - interes județean, dar si orice întârziere care ar putea aparea pe parcurs."

4. **Răspunsul ofertantului Nu este concludent, intrucat astfel cum rezulta din DUAЕ si din documentele depuse, acesta se bazeaza pe capacitatea tehnica a subcontractantului SC ... SRL in ceea ce privește dovada deținerii/disponerii de Statie de mixtura asfaltica. De asemenea, analizand răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificari, se constata faptul ca ... SRL nu va executa activitati care fac parte din obiectul contractului ci doar va pune la dispozitia contractantului produse (mixtura asfaltica si emulsia) fără a interveni în desfășurarea unor etape din contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.**

5. Potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016, rezultă că „furnizorul” este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant, iar „subcontractantul” execută/furnizează părți sau elemente ale lucrărilor/construcției ori

îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

6. Prin urmare, având în vedere răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări coroborat cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016, rezulta ca SC ... SRL, are calitatea de furnizor în cadrul prezentei proceduri de atribuire, astfel încât capacitatea tehnică și profesională a acestuia (deținerii/disponerii de Stație de mixtura asfaltică) nu va fi luată în considerare, deoarece acesta nu este implicat direct în executarea contractului.”

Verificând, la rândul său, atât solicitarea de clarificări în speță cât și răspunsul Asocierii ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, coroborat cu cerințele din documentația de atribuire și cu prevederile legislației în materie,

Consiliul reține că solicitarea respectivă, de la pct. 4 din adresa cu nr. 16193/29.07.2024, se bazează pe invocarea mecanică a prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, fără a rezulta în mod clar, fără echivoc, care este relevanța și necesitatea acestei solicitări în evaluarea ofertei Asocierii ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL.

Mai mult, Consiliul reține că, în comunicarea privind rezultatul prezentei proceduri de atribuire, transmis asocierii în cauză, respectiv comunicarea privind respingerea ofertei acesteia, se regăsește, în mod detaliat, raționamentul autorității contractante, care a condus la decizia respectivă și care se axează pe aspecte suplimentare celor din solicitarea de clarificări în cauză, care s-au raportat doar la acordul de subcontractare nr. 193/26.07.2024, încheiat între ... SRL și ... SRL și la ce activități se vor subcontracta ... SRL.

Or, în aceste condiții, acest raționament ar fi trebuit să se regăsească ca preambul al solicitării de clarificări în discuție, de la pct. 4 din adresa cu nr. 16193/29.07.2024, date fiind prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2015, și anume „(4) Comunicarea transmisă **în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat** în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”, tocmai în vederea transmiterii, de către Asocierii ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, a unui răspuns în deplină cunoștință de cauză.

Astfel, **prin modul de analiză și de evaluare, comisia de evaluare trebuia să aibă certitudinea că oferta în discuție asigură respectarea cerințelor din Fișa de date**, fiind eliminate orice inadvertențe, **precum și să confere securitate juridică sporită deciziilor sale prin solicitarea de clarificări clare din punctul de vedere al obiectului**, motivate în mod explicit și suficient de detaliat, prin raportare la prevederile documentelor achiziției, or, în cazul de față, respectiva comisie nu a procedat în acest fel, având astfel o abordare contrară prevederilor legale anterior citate.

Pe cale de consecință, raportat la modul în care a fost formulată solicitarea de clarificări în discuție, Consiliul reține că Asocierii ... - ...

SRL - ... SRL - ... SRL a răspuns concludent, indicând că nu se bazează pe capacitățile subcontractantului ... SRL.

În acest context, Consiliul constată că în mod eronat consideră comisia de evaluare că odată ce „... **SRL nu va executa activități** care fac parte din obiectul contractului **ci doar va pune la dispoziția contractantului** produse (mixtura asfaltică și emulsia) fără a interveni în desfășurarea unor etape din contract, (...)

(...) având în vedere răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări coroborat cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016, **rezulta ca SC ... SRL, are calitatea de furnizor în cadrul prezentei proceduri de atribuire, astfel încât capacitatea tehnică și profesională a acestuia (deținerii/disponerii de Stație de mixtură asfaltică) nu va fi luată în considerare, deoarece acesta nu este implicat direct** în executarea contractului.”.

Astfel, în formularea unor asemenea justificări, comisia de evaluare ignoră, pe de o parte, anumite prevederi legale, iar, pe de altă parte, condiționează în mod impropriu, prin raționamentul anterior citat, conceptele de furnizor și subcontractant.

Mai precis, comisia de evaluare a concluzionat, în esență, că, din moment ce ... SRL nu este de fapt subcontractant, implicat în executarea contractului, ci furnizor, capacitatea tehnică și profesională a ... SRL, inclusiv deținerea/disponerea de Stație de mixtură asfaltică, pe care ar fi indicat-o în calitate de subcontractant, nu mai poate fi luată în considerare în demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare privind respectiva stație, sus citată, de către oferta depusă de Asocieria ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, aceasta fiind, prin urmare, respinsă ca inacceptabilă.

Astfel, conform raționamentului comisiei de evaluare, din moment ce un operator economic, care susține un ofertant la o procedură de atribuire, nu este implicat direct, ca subcontractant, în executarea contractului, acesta nu mai poate fi acceptat ca susținător al respectivului ofertant, din altă postură (cum ar fi un simplu operator economic, care poate fi și furnizor, firește cu condiția ca dovezi

relevante, în acest sens, să se regăsească în oferta depusă), în ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională, ofertantul în discuție fiind practic respins din procedură, pe baza unui astfel de raționament.

Or, prin acest raționament, comisia de evaluare a ignorat faptul că potrivit prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, „(4) **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.**”.

Faptul că Asocieria ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL nu se bazează pe capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului ... SRL (documentele aferente nefiind relevante în acest sens), care în realitate este un furnizor (se putea vedea lesne această calitate a ..., vizavi de îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, în urma unei analize a precontractului cu nr. 194/20.06.2024, depus odată cu oferta asocierii în discuție – **n.n.**), nu înseamnă automat că, prin oferta depusă, respectiva asocierie nu ar îndeplini cerința de calificare sus citată, din Fișa de date, privind Stația de mixtură asfaltică.

Totodată, prin invocarea de către autoritatea contractantă, în cadrul raționamentului său, a Notificării ANAP cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică /sectorial, autoritatea contractantă omite că această notificare este un act fără caracter obligatoriu, spre deosebire de actele normative publicate în Monitorul Oficial (cum sunt, de exemplu, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 etc.) sau de normele dreptului Uniunii Europene, cu caracter obligatoriu, aspect pe care respectiva autoritate ar fi trebuit să îl cunoască.

Astfel, prin susținerile sale, autoritatea contractantă ignoră esența prevederilor art. 179 lit. j) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește sintagma **o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care execută lucrări**, prevederi în baza cărora a solicitat tocmai îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, referitoare la **Stația de mixtură asfaltică**.

Practic, sintagma **o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care execută lucrări**, implică faptul că respectivul operator, în îndeplinirea funcțiilor sale în ceea ce privește executarea unui contract de achiziție publică, **poate apela, prin externalizare, la resursele materiale ale altui operator economic care, fără a deveni ofertant/terț susținător/subcontractant, îi pune la dispoziția acestuia**, pe bază contractuală, aceste resurse,

resurse care, pe perioada derulării contractului de achiziție publică în cauză, sunt echivalente cu resursele proprii ale primului operator, devenit contractant.

Consiliul subliniază că prevederile art. 179 lit. j) din Legea nr. 98/2016 transpun prevederile Anexei XII, Partea II, lit. i) din Directiva 2014/24/EU privind achizițiile publice, care fac referire la sintagma „(i) **o declarație care să indice utilajele, instalațiile și echipamentul tehnic de care va dispune** prestatorul de servicii sau **contractantul pentru executarea contractului**”.

În acest context, Consiliul subliniază că, în cadrul Hotărârii din 14 februarie 2008, **CJUE (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele**

din statele membre) s-a pronunțat în cauza **C-324/14**, astfel:

„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”.

Or, în cazul de față, din documentele dosarului cauzei rezultă că societatea ... SRL are posibilitatea să pună la dispoziția ofertantului Asocierea ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, **Stația de mixtură asfaltică**, solicitată de autoritatea contractantă, **fără ca această societate să fie nevoită să participe direct și personal la executarea contractului în discuție**, din cauza vreunor împrejurări speciale, raportat la obiectul contractului în cauză precum și la finalitățile acestuia, împrejurări care nu au fost menționate în documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri.

În ceea ce privește analiza **precontractului cu nr. 194/20.06.2024**, depus odată cu oferta Asocierii ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, Consiliul reține că autoritatea contractantă, într-o manieră discutabilă, susține, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 57131/09.09.2024, că **„indiferent dacă comisia de evaluare a văzut sau nu a văzut acest document** acesta nu face dovada ca contestatoarea detine/dispune de stație mixtură asfaltică, în conformitate cu cerința documentației de atribuire.

Promisiunea de închiriere prin care contestatoarea în mod eronat susține ca face dovada deținerii/dispunerii stației de mixtura asfaltică, nu este depusă în cadrul documentelor însoțitoare DUAЕ, ci **se regăsește la la pag.271-273 din propunerea tehnică**, etapa a cărei evaluare începe după finalizarea etapei de evaluare a informațiilor din DUAЕ și a documentelor însoțitoare, comisia de evaluare urmând a analiza din punct de vedere tehnic doar ofertele declarate admise în cadrul etapei de evaluare a informațiilor din DUAЕ și a documentelor însoțitoare.

Prin urmare, este imposibil din punct de vedere legal și tehnic (funcționalitate SEAP - doar ofertele declarate admise în etapa DUAЕ, urmează a fi evaluate în etapa tehnică) ca comisia de evaluare să analizeze în cadrul etapei privind informațiile din DUAЕ și a documentelor însoțitoare, documente ce fac obiectul propunerii tehnice.”.

Or, raportat la aceste susțineri, în contextul solicitării de la pct. 4 din adresa cu nr. 16193/29.07.2024, Consiliul subliniază încă odată faptul că tocmai acesta ar fi fost rolul unor solicitări de clarificări, definite în mod explicit și suficient de detaliat, conform art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, respectiv de a lămuri anumite aspecte ale ofertei depusă de Asocierea ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, inclusiv clarificarea modului de îndeplinire cerinței de calificare privind **Stația de mixtură asfaltică**, solicitată de autoritatea contractantă în Fișa de date.

Totodată, prin susțineri cum ar fi cele din adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., și anume

„1. Contestatoarea nu face dovada deținerii/dispunerii stației de mixtura asfaltică prin promisiunea de închiriere existentă la pag.271-273

din propunerea tehnica depusa, **astfel cum s-a solicitat prin Fisa de date a achiziției, intrucat:**

a) **Acest document nu a fost permis prin documentația de atribuire ca dovada a deținerii/disponerii de utilaje.** In cadrul documentației de atribuire s-a specificat in mod clar si fara echivoc faptul ca **„ofertantul trebuie sa faca dovada ca deține sau dispune printr-o modalitate, respectiv dotare proprie, închiriere, punere la dispoziție, comodat sau împuternicire notariala, autoutilaje, instalatii si echipamente solicitate pentru îndeplinirea contractului fiind identificate in mod clar si documentele prin care se face dovada/deținerea utilajelor solicitate.** Astfel, autoritatea contractanta a solicitat in mod clar ofertanților sa faca dovada deținerii/disponerii (a avea in stapanire sau in pastrare un bun material, a poseda, conform DEX) utilajelor solicitate in cadrul depunerii ofertei, prin prezentarea următoarelor documente justificative: **dotare proprie, închiriere, punere la dispoziție, comodat sau împuternicire notariala.**

b) **Promisiunea de închiriere in cauza, reprezintă un document prin care părțile se obliga sa incheie in viitor contractul de închiriere privind statia de mixturi asfaltic, dupa cum rezulta si din continutul sau, astfel incat nu se face dovada deținerii/disponerii acestui echipament prin depunerea ofertei, astfel cum a fost solicitat, acest antecontract neavand ca efect transmiterea dreptului de folosința, conform noului cod civil.** Autoritatea contractanta nu a solicitat prin documentația de atribuire ca ofertantul sa faca dovada ca va deține sau va dispune de statie mixturi asfaltice, in cazul in care oferta sa va fi declarata castigatoare.”,

autoritatea contractantă omite scopul pentru care s-a inițiat procedura de atribuire.

Este evident că, în cazul de față, **scopul vizat să fie atins de autoritatea contractantă** constă în **Reabilitarea și modernizare DJ 411**, prin execuția lucrărilor precizate în documentația de atribuire, sens în care a fost solicitată și cerința de calificare, formulată în mod lacunar, raportat la închiriere și anume „Ofertantul trebuie sa faca dovada ca detine sau dispune **printr-o modalitate, respectiv (...), închiriere (...)** de autoutilaje, **instalatii si echipamente solicitate pentru îndeplinirea contractului: (...)** 3) **Statie de mixtura asfaltica.**”.

Astfel, comisia de evaluare a omis faptul că, raportat la cele precizate anterior, într-o astfel de situație trebuia să procedeze la evaluarea informațiilor și documentelor în discuție prin raportare la scopul pentru care s-a inițiat procedura de atribuire, respectiv semnarea contractului de achiziție publică, iar nu respingerea ofertelor primite.

Justețea celor precizate de Consiliu este confirmată și de o jurisprudență consistentă din care cităm:

- **Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 a Curții de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal:**

*„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.**”.*

- **Hotărârea pronunțată de CJUE (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre) în cauza C-27/15:**

*„2) Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri** sau din legea națională în vigoare, **ci dintro interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor**, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, **prezentate de documentele menționate.**”.*

Astfel, raportat la susțineri ale autorității contractante, cum ar fi cele din adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., anterior citate, vizavi de faptul că asocierea în discuție **„nu face dovada deținerii/disponerii stației de mixtura asfaltică prin promisiunea de închiriere existentă la pag.271-273 din propunerea tehnică depusă, astfel cum s-a solicitat prin Fisa de date a achiziției”,**

Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 1279 Cod civil,

„(1) Promisiunea de a contracta trebuie să conțină toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea.

(2) În caz de neexecutare a promisiunii, beneficiarul are dreptul la daune-interese.

(3) De asemenea, dacă promitentul refuză să încheie contractul promis, instanța, la cererea părții care și-a îndeplinit propriile obligații, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, atunci când natura contractului o permite, iar cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite. Prevederile prezentului alineat nu sunt aplicabile în cazul promisiunii de a încheia un contract real, dacă prin lege nu se prevede altfel.

(4) Convenția prin care părțile se obligă să negocieze în vederea încheierii sau modificării unui contract nu constituie promisiune de a contracta.”.

Având în vedere cele precizate la alin. (1) al art. 1279 anterior citat, este evident că și promisiunea de a contracta reprezintă, strict și riguros juridic, un contract, fiind un act juridic bilateral, încheiat între două părți, întocmai ca și contractul promis a se încheia.

În acest sens, Consiliul subliniază că, potrivit art. 1166 Cod civil, **„Contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic”.**

În tot acest context, Consiliul subliniază că **precontractul cu nr. 194/20.06.2024**, depus de Asocierea ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL, trebuia analizat de către comisia de evaluare raportat la toate aspectele anterior precizate, în vederea confirmării sau infirmării îndeplinirii cerinței de calificare în discuție, privind **Stația de mixtură asfaltică**, de către asocierea în cauză, fapt care nu s-a întâmplat.

Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, **„(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea**

corespunzătoare a procedurii. Documentele solicitate vor trebui depuse de către candidați/ofertanți, sub sancțiunea excluderii, în termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la primirea solicitării din partea autorității contractante, cu posibilitatea de prelungire cu maximum 5 zile lucrătoare, la solicitarea motivată a candidatului/ofertantului respectiv.”.

Mai mult, potrivit art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, **„(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la [art. 2 alin. \(2\) din Lege.](#)”.**

Astfel, raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți precum și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) și i) din HG nr. 395/2016, și, pe cale de consecință, a evaluării răspunsurilor aferente, Consiliul constată că atât solicitarea de clarificări în speță cât și verificarea răspunsului aferent, nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, comisia de evaluare dând dovadă atât de superficialitate în evaluarea ofertei Asocierii ... - ... SRL - ... SRL - ... SRL cât și de un formalism excesiv.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și, pe cale de consecință,

va anula în parte raportul procedurii, în ceea ce privește atât decizia de anulare a procedurii cât și decizia de respingere a ofertei Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL, și actele subsecvente,

și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL, de la etapa de verificare a documentelor DUAЕ,, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare 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 ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și, pe cale de consecință,

anulează în parte raportul procedurii, în ceea ce privește atât decizia de anulare a procedurii cât și decizia de respingere a ofertei Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL, și actele subsecvente,

și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii ... -... SRL - ... SRL- ... SRL, de la etapa de verificare DUAЕ, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare 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 practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... pagini.