



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. / /

Data:

Prin contestația din data de 09.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. / 11.01.2023, formulată de SA, cu sediul în municipiul, ..., jud., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având, reprezentată convențional prin avocat, cu adresa de comunicare a tuturor actelor procedurii în, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. / 27.12.2022, a raportului procedurii nr. / 27.12.2022 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ofertei câștigătoare, emise de SA, cu sediul în comuna, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare infrastructură rutieră în Comuna, județul, anunț de participare nr. / 25.05.2022, s-au solicitat următoarele:

1. anularea comunicării nr. / 27.12.2022 privind rezultatul procedurii și a raportului procedurii nr. / 27.12.2022, emise de autoritatea contractantă și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei SA, respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depuse de SRL (lider) - SRL (asociat) - SRL (asociat),

2. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SA, cu consecința stabilirii caracterului admisibil al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Prin cererea de intervenție în favoarea autorității contractante nr. / 30.01.2023, transmisă prin e-mail și înregistrată la CNSC cu

nr. /31.01.2023, SC SRL, cu sediul social, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., cod de identificare fiscală RO, reprezentată legal prin administrator, a solicitat: admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SA, ca nefondată și neîntemeiată; menținerea, ca fiind temeinică și legală, a deciziei autorității contractante de respingere a ofertei SA și de declarare câștigătoare a ofertei SC SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

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

1. În fapt, contestatoarea menționează că a participat, în calitate de ofertant la procedura de atribuire mai sus menționată, iar, în urma evaluării ofertelor, prin adresa nr. /27.12.2022, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, potrivit căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, pe motiv că *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”*.

Precizează că potrivit celor consemnate de către comisia de evaluare în raportul procedurii nr. /27.12.2022, oferta declarată câștigătoare este cea depusă de asocieria SRL (LIDER) - SRL (ASOCIAT) - SRL (asociat), cu o valoare a propunerii financiare de 40.800.844,75 lei fără TVA.

..... SA mai arată că, prin adresa nr. /03.01.2023, a solicitat accesul la dosarul achiziției publice, conform art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. /04.01.2023 prin care i-a comunicat următoarele: *„Informațiile pe care le solicitați nu au, în acest moment, caracter de informații de interes public, prezenta procedură fiind încă în desfășurare”*, precizând, totodată, faptul că *„Documentele la care solicitați acces au caracter confidențial, după cum urmează: ofertantul pentru care solicitați accesul la documente a depus o declarație de confidențialitate în acest sens, declarând motivat confidențiale propunerea tehnică și propunerea financiară în integralitatea lor; documentele de calificare depuse de ofertant conțin*

informații cu caracter personal la care legal nu puteți avea acces (împuterniciri, acorduri, copii cărți de identitate etc.), documentele din propunerea tehnică conțin informații cu caracter personal, la care, legal, nu puteți avea acces (copii cărți de identitate, CV-uri, autorizații/diplome). Totodată, aceasta conține documente cu caracter controlat declarate de ofertant: planuri calitate, proceduri de sistem, proceduri tehnice; propunerea financiară conține informații declarate secrete comerciale de către ofertant”.

Reiterează faptul că actele emise de autoritatea contractantă sunt nelegale și netemeinice, în ce privește stabilirea caracterului inacceptabil al ofertei sale, pentru considerentele expuse în continuare.

2.2.1. În prealabil contestatoarea, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016, solicită accesul la dosarul constituit la Consiliu, inclusiv la acele documente declarate de ofertantul declarat câștigător ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, susținând că acest ofertant nu a depus și dovada care le conferă caracterul de confidențialitate.

Redând prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016, petenta subliniază faptul că liberul acces la informațiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută, ceea ce este firesc în contextul în care unul dintre principiile fundamentale ale achizițiilor publice este transparența, care conferă o garanție a utilizării eficiente a fondurilor publice, iar aplicarea în concreto a principiului transparenței este de natură a spori încrederea în procesul de achiziție publică.

În opinia sa, o eventuală restricționare a accesului la dosar pentru motive de confidențialitate reprezintă o excepție de la principiul transparenței procedurii de atribuire, excepție care este de strictă interpretare și aplicare, neputând fi una arbitrară, ce anulează însăși valoarea principiului transparenței.

Afirmă că necesitatea dovedirii caracterului confidențial al informațiilor din dosarul achiziției este confirmată și de dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, iar restricționarea accesului la dosar pentru motive de confidențialitate ar fi legală numai în măsura în care ofertantul clasat pe locul întâi ar fi dovedit, cu mijloace de probă concrete, încadrarea documentelor depuse ca fiind confidențiale și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestora.

Susține că, în pofida celor reținute de autoritatea contractantă în comunicarea privind rezultatul procedurii, ofertantul declarat câștigător nu a demonstrat în concret, prin probe, caracterul confidențial al ofertei sale.

Petenta consideră că, în această împrejurare, în cazul în care ofertantul declarat câștigător nu a demonstrat, cu mijloace de probă concrete, necesitatea garantării confidențialității acestor documente și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestora, ... SA avea dreptul de a lua cunoștință de propunerea tehnică și financiară completă a acestui ofertant, clarificările solicitate și răspunsurile la acestea, prevalând respectarea dreptului la apărare al părților, astfel încât

procedura de soluționare a contestației formulată să respecte dreptul la un proces echitabil.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea face trimitere la practica națională și europeană, apreciind ca fiind relevante în susținerea solicitării sale următoarele hotărâri: Decizia nr. 3191/R-CONT din 21.10.2013, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3005 din 29.06.2017, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII - a Contencios Administrativ și Fiscal; deciziile publicate în Buletinul Oficial nr. 3598/2017 și nr. 2772/2017 de către Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor.

În concluzie, arată petenta, având în vedere limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei, respectiv necesitatea dovedirii confidențialității, respectarea dreptului la un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, respectarea principiului transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, respectarea principiului tratamentului egal reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, consideră că se impune acordarea accesului la documentele din dosarul achiziției referitoare la oferta depusă de ofertantul declarat câștigător întrucât achizițarea a restricționat în mod nejustificat accesul la aceste documente.

2.2 Justificând interesul său legitim în promovarea contestației, petenta precizează că a depus o ofertă conformă și admisibilă, care ar fi trebuit să fie declarată câștigătoare dacă ar fi fost evaluată în mod corect de către autoritatea contractantă. Ori, prin modul nelegal de realizare a evaluării îndeplinirii criteriilor de calificare, autoritatea contractantă a declarat inacceptabilă oferta sa.

Învederează faptul că obligația autorității contractante, conform art. 207 din Legea nr. 98/2016, este de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții: oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției; oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind capacitatea și, dacă este cazul, criteriile de selecție și nu se află sub incidența motivelor de excludere.

Contestatoarea susține că oferta sa îndeplinește condițiile legale mai sus arătate.

Redând prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precizează că actul vătămător este rezultatul procedurii de atribuire prin care, în mod greșit și cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, comisia de evaluare a declarat oferta sa ca fiind inacceptabilă, deși ar fi trebuit să constate, dacă ar fi realizat o evaluare corectă, că oferta este admisibilă.

3. Motive de nelegalitate și netemeinicie a actelor contestate.

3.1. Reiterând susținerea potrivit căreia autoritatea contractantă a realizat o evaluare superficială a îndeplinirii criteriilor de calificare în privința ofertei sale, contestatoarea menționează că, în comunicarea privind rezultatul procedurii/raportul procedurii, comisia de evaluare a consemnat următoarele aspecte: *„Astfel, raportat la angajamentele ferme prezentate din documentele de calificare depuse de dvs., acestea nu sunt însoțite de documentele justificative prin care se demonstrează efectiv modalitatea prin care terții susținători dispun de resursele necesare și le vor pune la dispoziția ofertantului. Este prezentat un registru al imobilizărilor și o lista de personal pentru partea de proiectare și un registru al imobilizărilor pentru partea de execuție, fără să fie demonstrată modalitatea de acces la aceste resurse efectiv pentru susținerea angajamentului dat, disponibilitatea acestora și modul efectiv în care aceste resurse vor fi puse la dispoziție, raportat la angajamentele în curs ale terțului susținător și la termenele stabilite prin documentația de atribuire. Simpla prezentare a unor liste de resurse nu justifică modul concret de acces la aceste resurse în situația în care acestea vor fi disponibilizate în cazul în care va fi nevoie.*

Prin răspunsul dvs. la solicitarea de clarificare 6727/09.12.2022, prin care vi s-a solicitat să clarificați lipsa acestor documente, ați precizat că aceste documente se regăsesc pentru ambii terți susținători, însă, la verificarea acestora, se regăsesc doar contracte de experiență similară, câte a simplă declarație că se vor disponibiliza resurse și extrase din registrul imobilizărilor. Raportat la aceste informații, concret, terții nu precizează care dintre resursele deținute vor putea fi mobilizate și nu sunt angrenate în alte contracte. În aceste condiții considerăm că cerința documentației nu este îndeplinită”.

..... SA precizează că, prin solicitarea de clarificări nr. /09.12.2022, i s-au solicitat clarificări privind terții susținători SRL și SRL, în sensul prezentării: (i) modalității efective prin care terții vor îndeplini contractul, (ii) resurselor efectiv alocate pentru aceste activități și (iii) modalității efective în care terții vor interveni în prestarea serviciilor dacă situația o va cere.

Petenta precizează că a răspuns prin adresa nr. /13.12.2022, învederând autorității contractante următoarele aspecte:

„Terții susținători ai ofertantului SC SA, respectiv SC SRL și SC SRL nu vor interveni în execuția lucrărilor, aceștia fiind nominalizați totodată în cadrul procedurii ca subcontractanți în ceea ce privește prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică, conform Acordurilor de subcontractare nr. /07.07.2022 și /07.07.2022.

- *Contrar afirmațiilor autorității contractante, cei doi terți susținători nominalizați au prezentat documente justificative în cadrul documentelor de calificare cu denumirea angajament terț susținător, demonstrând astfel modalitatea efectivă în care terțul susținător va interveni în proiectarea lucrărilor.*

Astfel, pentru terțul susținător SC SRL s-au depus următoarele documente pentru demonstrarea modalității efective în care terțul susținător va interveni în proiectarea lucrărilor:

- Angajament ferm privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului/grupului de operatori economici;
- Declarație terț susținător privind experiența similară;
- Lista -principalelor lucrări executate;
- Declarație referitoare la modul de efectiv prin care se va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;
- Lista dotărilor minime ce vor fi disponibile pentru prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului;
- Personalul alocat și mobilizarea acestuia.

De asemenea, pentru terțul susținător SC SRL s-au depus următoarele documente pentru demonstrarea modalității efective în care terțul susținător va interveni în proiectarea lucrărilor:

- Angajament ferm privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului/grupului de operatori economici;
- Declarație terț susținător privind experiența similară;
- Lista principalelor lucrări executate;
- Descrierea modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică sau modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractul întâmpină dificultăți în implementarea contractului;
- Personalul alocat și mobilizarea acestuia;
- Registrul imobilizărilor”.

Prin urmare, arată petenta, concluzia autorității contractante în sensul că „terții nu precizează care din resursele deținute vor putea fi mobilizate și nu sunt angrenate în alte contracte” este profund eronată, întrucât modalitatea efectivă în care se va îndeplini contractul, resursele efectiv alocate pentru aceste activități și modalitatea efectivă în care terții susținători vor interveni în prestarea serviciilor, dacă situația o va cere, rezultă cu prisosință din documentele depuse în cadrul ofertei SA.

Mai mult, susține că, nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire sau al cadrului legal în vigoare, nu există vreo cerință în sensul în care resursele efectiv alocate se impun a fi „blocate” de terțul susținător, respectiv că acestea nu ar putea fi deja angrenate în alte contracte.

În opinia sa, autoritatea contractantă nici nu poate arăta care ar fi acele documentele, altele decât cele deja depuse de SA, care ar putea demonstra modalitatea efectivă în care se va îndeplini contractul, resursele efectiv alocate pentru aceste activități și modalitatea efectivă în care terții susținători vor interveni în prestarea serviciilor.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 182 alin. (2) și (4) din Legea nr. 98/2016.

În opinia petentei, decizia comisiei de evaluare de a califica oferta sa ca inacceptabilă pentru motivele arătate în actele contestate este cu atât mai surprinzătoare cu cât cei doi terți susținători declarați în ofertă pentru îndeplinirea criteriilor de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară în servicii de proiectare, sunt, totodată, și subcontractanți declarați pentru prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică, conform Acordurilor de subcontractare nr. / 07.07.2022 și nr. / 07.07.2022.

Prin urmare, apreciază că este de la sine înțeles că, în calitatea lor de subcontractanți, operatorii economici SRL și SRL vor interveni efectiv în realizarea obiectului contractului, iar nu numai când sau „*dacă situația o va cere*”.

În susținere contestatoarea arată redă dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, privind definiția subcontractantului/subantreprenorului și face trimitere la jurisprudența CNSC potrivit căreia „operatorul economic este (...) un subcontractant a cărui capacitate tehnică poate fi luată în considerare, pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară”.

Această interpretare, arată petenta, își are temeiul în art. 63 „Utilizarea capacităților altor entități” din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, în acest sens pronunțându-se și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarzgd Oczyszczania Miasta.

Raportat la cele prezentate, contestatoarea subliniază faptul că ofertantul, în dovedirea experienței similare pentru servicii de proiectare, face dovada că se bazează pe capacitatea tehnică a entității subcontractoare, iar autoritatea contractantă are obligația să ia în considerare experiența similară a subcontractantului, nominalizat în contract, întrucât subcontractantul a fost propus pentru partea pentru care a fost solicitată experiența similară.

Apreciază ca fiind relevante în speță și prevederile art. 48 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, fiind evidentă intenția legiuitorului de a echivala efectele acordului de subcontractare cu cele ale angajamentului ferm, atunci când același operator economic este atât subcontractant, cât și terț susținător.

Mai arată că această interpretare se subsumează dispozițiilor comunitare, în speță Directivei 2014/24 (art. 63 „Utilizarea capacităților altor entități”).

Autoarea contestației reclamă faptul că, în situația de fapt din speță, achizitoarea a ignorat însă situația de fapt din speță, cât și cadrul legal în vigoare, alegând să respingă oferta SA pe „motive artificiale și pur formale”.

Consideră că, în realitate, intenția autorității contractante a fost, în mod evident, aceea de a respinge nu numai oferta sa, dar și a unui alt ofertant SC SRL din etapa incipientă a evaluării, cu consecința menținerii în procedură a unui singur ofertant care a și fost declarat câștigător.

Prin urmare, solicită Consiliului să observe că documentele depuse de societatea sa, odată cu oferta, și răspunsul său la solicitarea de clarificări fac dovada deplină a îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, concluzia autorității contractante conform căreia nu ar îndeplini criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire fiind una greșită, iar decizia de respingere a ofertei ca inacceptabilă, rezultat al unei interpretări eronate a prevederilor incidente din materia achizițiilor publice.

În concret, arată petenta, cei doi terți susținători și subcontractanți declarați vor fi implicați în mod efectiv în executarea contractului în ceea ce privește serviciile de proiectare și asistență tehnică și documentele depuse pentru aceștia, respectiv acordurile de subcontractare, angajamentele ferme, lista resurselor care pot fi alocate, demonstrează atât îndeplinirea criteriului de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională, cât și modalitatea efectivă în care acești operatori economici asigură realizarea contractului.

3.2 Contestatoarea susține că autoritatea contractantă avea obligația să solicite clarificări.

În opinia sa, *„dincolo de absurditatea motivului pentru care a fost respinsă ca inacceptabilă oferta ARL”*, autoritatea contractantă ar fi putut solicita clarificări suplimentare. În baza rolului activ ce revine autorității contractante în procesul de evaluare, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectului în cauză și nu să ia măsura, *„total disproporționată”*, a respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Astfel, arată contestatoarea, autoritatea contractantă avea obligația clarificării situației terților susținători în temeiul art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Susține că o solicitare de clarificare emisă de către comisia de evaluare în contextul dat nu ar fi fost de natură să creeze nicio modificare și niciun avantaj ofertantului SA, având în vedere faptul că toate informațiile privind dovedirea modalității efective de implicare a terților susținători subcontractanți în executarea contractului se află deja în posesia autorității contractante.

Subliniind faptul că argumentația de mai sus este susținută de practica CNSC, a instanțelor naționale și de jurisprudența europeană, petenta redă pasaje din considerentele deciziilor acestora (decizie CNSC publicată în BO2017_2810, Hotărârea Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, pct. 56 și 57; Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p.II-3781, punctele 37 și 38).

Mai mult, arată petenta, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate,

trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționale în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea, pur și simplu, a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43). Numai după analizarea temeinică a răspunsului, autoritatea contractantă poate lua decizia de admitere sau respingere a ofertei acestuia, prin aplicarea prevederilor art. 134 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8, art. 10 din Legea 101/2016 și toate dispozițiile legale menționate în cuprinsul contestației, precum și principiile în care își are sediul materia.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

De asemenea, contestatoarea solicită Consiliului să pună în vedere autorității contractante să transmită dosarul achiziției publice și, ulterior, permită societății sale, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul (studierea și fotocopierea) la documentele dosarului constituit la Consiliu.

Prin adresa nr. /27.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. /31.01.2023, ... a solicitat respingerea, ca netemeinică, a contestației formulată de ofertantul SA.

În prealabil, autoritatea contractantă redă capetele de cerere din contestația formulată de SA și menționează că, în esență, contestatoarea arată, pe de o parte, că oferta acesteia este conformă și că, pe de altă parte, „comisia de evaluare și-ar fi exercitat dreptul de a cere clarificări cu încălcarea prevederilor legale”.

Precizează că oferta depusă de contestatoare în cadrul procedurii de atribuire a fost declarată inacceptabilă de către comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 actualizată, pe motiv că a fost depusă de *„un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”*.

Subliniază faptul că, potrivit dispozițiilor art. 182 art. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016 actualizată, *„(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților. (4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertant/candidat are obligația să prezinte documente transmise acestuia*

de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament”.

Autoritatea contractantă menționează că dovada accesului la resursele terțului susținător a fost solicitată la cap. III. 1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, astfel: „b) *documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/ susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/ susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm. Aceste documente vor fi încărcate în SICAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAЕ și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii*”.

Achizitoarea susține că „angajamentele ferme prezentate în documentele de calificare depuse de ARL, (...) nu sunt însoțite de documentele justificative prin care să demonstreze efectiv modalitatea prin care terții susținători dispun de resursele necesare vor fi puse la dispoziția ofertantului”.

Arată că, într-adevăr este prezentat un registru al imobilizărilor și o listă de personal pentru partea de proiectare și un registru al imobilizărilor pentru partea de execuție, însă fără ceva concret și fără a demonstra modalitatea de acces la aceste resurse efectiv pentru susținerea angajamentului dat, disponibilitatea acestora și modul efectiv în care aceste resurse vor fi puse la dispoziție, raportat la angajamentele în curs ale terțului susținător, dar, mai ales, pentru termenele stabilite prin documentația de atribuire.

Precizează că, în cadrul documentelor de calificare prezentate de ofertantul SA în fișierul „Angajament terț sustinator.pdf.p7s”, se regăsește angajamentul ferm dat de terțul susținător SC SRL, însă, conform solicitării documentației de atribuire, nu se regăsesc documentele justificative prin care se demonstrează modalitatea efectivă în care terțul susținător va interveni în execuția lucrărilor, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: „Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament” și ale art. 48 din H.G. nr. 395/2016.

Subliniază faptul că aceasta obligativitate a fost expres menționată atât în fișa de date a achiziției, cât și la nivelul formularului DUAЕ.

În opinia achizitoarei, prezentarea unei simple liste cu echipamentele de care ofertantul dispune (la pag. 7-8 din angajament), nu asigură cerințele documentației de atribuire și ale legislației în vigoare.

Același aspect, susține că a fost sesizat și în cazul terțului susținător SC SRL, unde, la pag. 29-34, este prezentată lista mijloacelor fixe, nicidecum resursele efectiv alocate pentru aceste activități și modalitatea efectivă în care terțul susținător va interveni în prestarea serviciilor, dacă situația o va cere.

Raportat la afirmația contestatoarei potrivit căreia cei doi terți susținători sunt și subcontractanți, în aceste condiții angajamentele de susținere nu erau necesare, autoritatea contractantă precizează că, în aceasta etapă, ... SA se folosește de resursele celor doi subcontractanți pentru îndeplinirea cerințelor de calificare și utilizează angajamentele de susținere ferme în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare.

Referitor la terțul susținător SC SRL, iar, potrivit acordului de subcontractare nr. /07.07.2022, acesta va realiza servicii de proiectare și asistență tehnică în cuantum de 1,88% din contract, autoritatea contractantă precizează că ofertantul se folosește de acest terț susținător pentru îndeplinirea a cel puțin 50% din experiența similară solicitată pentru serviciile de proiectare, iar, în această împrejurare, SC SRL nu poate considerat decât terț susținător.

Menționează că același argument este aplicabil și pentru SC SRL, care, conform acordului de subcontractare nr. /07.07.2022, va realiza un procent de 0.1% din valoarea serviciilor de proiectare, dar SA se folosește integral de restul experienței minime solicitate privind serviciile de proiectare, context în care SC SRL trebuie considerat, în primul rând terț susținător, deoarece ofertantul se bazează integral pe susținerea acestuia.

Afirmă că, deși contestatoarea susține că, în ceea ce privește experiența similară pentru serviciile de proiectare, face dovada că se bazează pe capacitatea tehnică a entității subcontractoare, aceasta nu precizează motivul pentru care nu prestează integral serviciile susținute ca experiență similară, procentual și direct proporțional cu angajamentele de subcontractare depuse.

Potrivit DUAЕ depus în cadrul documentelor de calificare de SA, proporția de subcontractare este următoarea:

- SC SRL - Subcontractant și terț susținător servicii de proiectare-1.88%;
- SC SRL - Subcontractant și terț susținător servicii de proiectare-0.1%;
- SC SRL - subcontractant servicii de verificare tehnică de calitate - 0.03%.

În aceste condiții, arată achizitoarea, nu se precizează ce se întâmplă cu restul serviciilor de proiectare, raportat la valoarea investiției din fișa de date a achiziției, acesta reprezentând un procent de 3,71% din valoarea investiției, respectiv cine va executa aceste servicii de

proiectare, care nu sunt subcontractate celor doi terți susținători. Menționează că, cu toate acestea ofertantul se bazează integral pe experiența similară a celor doi operatori economici.

Organizatoarea procedurii precizează că a solicitat clarificări referitoare la lipsa documentelor justificative și, contrar opiniei contestatoarei, prin acțiunile sale, comisia de evaluare nu a mai avut ce clarifica suplimentar, atâta timp cât obligativitatea depunerii acestor documente justificative este clar definită de legiuitor și a fost, din nou, precizată în documentația de atribuire, respectiv în fișa de date și modelul de formular pus la dispoziție.

Prin urmare, arată achizitoarea, comisia de evaluare a analizat, prin raportare la prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 48 din H.G. nr. 395/2016, dacă ofertantul a depus, odată cu angajamentul ferm, și modalitatea efectivă de acordare a susținerii, precum și în ce măsură documentele prezentate de terț reprezintă un plan din care să rezulte că ofertantul va dispune efectiv de experiența terților.

Precizează că, în pofida prevederilor fișei de date redată mai sus, ofertantul a depus doar angajament de susținere fără ca acesta să fie însoțit de documente din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Consideră relevante în sprijinul celor de mai sus considerentele Deciziei nr. 713/2021 din 18 mai 2021, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara potrivit căreia *„Consiliul a constatat că autoritatea contractantă nu a uzat, minimal, de prevederile art. 48 alin. (2) și art. 49 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin H.G. nr. 395/2016, pentru a clarifica modul efectiv de implicare a terțului în susținerea experienței similare pe care ar trebui să o pună la dispoziția viitorului contractant”*, Decizia nr. 319/2020 din 13 martie 2020, pronunțată de Curtea de Apel Pitești și Directiva nr. 24/2014 a Uniunii Europene care prevede stabilirea criteriilor de calificare cu respectarea principiului proporționalității, deci solicitarea celor strict necesare pentru activități cu o pondere importantă.

Organizatoarea procedurii învederează faptul că activitățile specializate care necesită autorizații, cum ar fi etc. au, în genere, ponderi nesemnificative în contract, obligația prestării anumitor activități cu deținerea acestor autorizări impuse de lege aparținând câștigătorului procedurii. În același timp, potrivit aceleiași directive, cea care stabilește criteriile de calificare este autoritatea contractantă, în baza dreptului său de apreciere, nici Consiliul și nici instanțele de judecată neputând fi chemate să aprecieze în locul său necesitatea stabilirii unui anumit criteriu de calificare.

Arată, de asemenea, că principiul proporționalității și al transparenței se opun completării de drept a documentației de atribuire cu criterii de calificare ce ar rezulta din legi speciale aplicabile unor

activități aferente contractului ce urmează să fie atribuit, ce nu au fost prevăzute în documentația de atribuire și pe care autoritatea contractantă a înțeles să nu le impună operatorilor economici.

Având în vedere cele prezentate, ... solicită Consiliului să dispună respingerea contestației ca nefondată și, pe cale de consecință, continuarea procedurii de achiziție.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, precum și alte acte normative.

Autoritatea contractantă a atașat punctului de vedere dosarul achiziției și ofertele depuse în procedură.

Prin cererea de intervenție în favoarea autorității contractante nr./30.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr./31.01.2023, SC SRL a solicitat: admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SA, ca nefondată și neîntemeiată; menținerea, ca fiind temeinică și legală, a deciziei autorității contractante de respingere a ofertei SA și de declarare câștigătoare a ofertei SC SRL.

În ceea ce privește admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, SC SRL menționează că are calitate de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire, iar obiectul contestației vizează de atribuire, caz în care participarea sa în soluționarea prezentei cauze este absolut necesară din perspectiva unei corecte soluționări.

Învederează faptul că este îndrituită să formuleze cererea de intervenție accesorie, întrucât reclamă un drept legitim, strâns legat de obiectul contestației, a cărui exercitare este de natură a conduce la menținerea actualului rezultat al procedurii.

Învăderând faptul că terțul intervine în proces nu pentru a obține condamnarea unei părți în propriul său profit, ci pentru a preveni compromiterea intereselor sale prin hotărârea ce urmează a fi pronunțată între părțile inițiale, SC SRL arată că, în speță, interesul său rezultă din poziția sa inițială de ofertant declarat câștigător care urmărește menținerea acestui rezultat al procedurii de atribuire.

În prealabil, intervenienta prezintă istoricul procedurii de atribuire, relevante fiind următoarele aspecte:

- în data de 20.05.2022, a avut loc depunerea ofertelor, în conformitate cu datele furnizate de SEAP fiind înregistrați următorii ofertanți:

1. Asocierea SC SA (lider), cu subcontractant declarat SC SRL, și terți și subcontractanți operatorii economici SC SRL, SC

2. Asocierea SC SRL(Lider) - SC SRL (asociat), cu subcontractant declarant SC SRL, SC SRL, SC SRL și terț susținător SC SRL.

3. Asocierea SC SRL (lider) - SC SRL (asociat) - SC SRL (asociat), cu subcontractant declarant SC SRL și terț susținător SC SRL.

- în data de 27.12.2022, SC SRL a recepționat, prin intermediul SEAP, adresa nr./27.12.2022 și raportul procedurii

nr. /27.12.2022, prin intermediul cărora i-a fost comunicat faptul că oferta asocierii SC SRL (lider) - SC SRL (asociat) - SC SRL (asociat), cu subcontractant declarant SC SRL și tert susținător SC SRL, a fost declarată câștigătoare iar oferta depusă de SA, cu subcontractant declarant SC SRL și tert și subcontractanți SC SRL, SC, a fost respinsă ca inacceptabilă.

Intervenienta menționează că, urmare a analizei documentelor de calificare și a declarației DUAE depusă de către ofertantul SA, comisia de evaluare considerat, conform procedurii și în baza legii, necesitatea clarificării următoarelor aspecte și anume:

1. În cadrul documentelor de calificare prezentate în fișierul „Angajament tert susținător.pdf.p7s”, se regăsește angajamentul ferm dat de tertul susținător SC SRL, *„însă, conform solicitării documentației de atribuire, nu se regăsesc documentele justificative prin care se demonstrează modalitatea efectivă în care tertul susținător va interveni în execuția lucrărilor, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (...) și ale art. 48 din H.G. nr. 395/2016.*

Această prevedere a fost expres menționată și în fișa de date a achiziției, cât și la nivelul formularului DUAE. Prezentarea unei simple liste cu echipamentele de care dispuneți la pag. 7-8 din angajament nu asigură cerințele documentației de atribuire și ale legislației în vigoare.

2. *Același aspect a fost sesizat și la tertul susținător SC SRL, unde, la pag. 29-34, este prezentată lista mijloacelor fixe, nicidecum a modalității efective prin care se va îndeplini contractul, a resurselor efectiv alocate pentru aceste activități și modalitatea efectivă în care tertul susținător va interveni în prestarea serviciilor dacă situația o va cere”.*

Învederând faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a evalua ofertele depuse prin prisma prevederilor documentației de atribuire (fișa de date, caiet de sarcini, specificații tehnice), a clarificărilor comunicate și a dispozițiilor legale incidente, intervenienta precizează că, astfel cum a arătat mai sus, ofertantul contestator nu a făcut dovada accesului la resursele tertului susținător prin respectarea cu rigurozitate a prevederilor de la Cap.III.1.3.a) al fișei de date a achiziției: *„documentele transmise ofertantului de către tertul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care tertul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm. Aceste documente vor fi încărcate în SICAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta”.*

Afirmă că nu cunoaște motivele pentru care contestatoarea a considerat că aceasta solicitare excede prevederile documentației de atribuire, în condițiile în care nu a contestat această solicitare de clarificare și a răspuns solicitării adresate de către comisia de evaluare, însă consideră că sunt nefondate și netemeinice.

Subliniază faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a putut analiza resursele terțului susținător al ofertantului SA, prin respectarea cu rigurozitate a prevederilor fișei de date a achiziției și în conformitate cu prevederile art. 134 alin (1) și (3) din H.G. nr. 395/2016, iar ofertantul a răspuns la solicitarea adresată, acceptând modul de evaluare al comisiei, efectuat conform dispozițiilor legale, fără a avea obiecții în acest sens.

Raportat la nelegalitatea adresei nr./27.12.2022 și a raportului procedurii nr./27.12.2022, invocată de contestatoare, intervenienta precizează faptul că, astfel cum însăși aceasta afirmă, comisia de evaluare s-a prevalat de dispozițiile art. 133 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Totodată, afirmă că, raportat la aceste prevederi, comisia de evaluare, în etapa de transmitere a solicitărilor de clarificări ofertanților, a respectat principiul tratamentului egal, astfel cum este stipulat de legiuitor, respectând, în totalitate prevederile art. 209 alin. (1) din legea nr. 98/2016, aceleași solicitări de clarificare fiind transmise ambilor ofertanți.

Subliniază faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a solicitat contestatoarei clarificări în cadrul documentelor de calificare prezentate în fișierul „Angajament terț susținător.pdf.p7s”, tocmai pentru a verifica veridicitatea și realitatea acestora. Acestea au fost solicitate în limitele legale, astfel cum reiese din explicațiile de mai sus, ofertanții având obligația de a răspunde solicitărilor de clarificare adresate în termenul limita acordat.

Reiterând dreptul autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la documentele de calificare depuse de ofertanți și de a stabili termenul minim de răspuns, drept relevant de actele normative amintite anterior, intervenienta arată că neprezentarea unui răspuns sau prezentarea unui răspuns neconcludent raportat la solicitările de clarificări adresate, conduc automat la declararea ofertei respective ca fiind inacceptabilă în raport cu prevederile art. 134 alin. (3) și (5) din H.G. nr. 395/2016.

În opinia sa, atitudinea petentei asupra legislației aplicabilă procedurilor de atribuire în domeniul achizițiilor publice, denotă faptul că aceasta își exercită drepturile atribuite de aceasta legislație, prin depunerea de contestații, însă nu și obligațiile acesteia, respectiv de a răspunde solicitărilor de clarificări adresate.

Mai arată că, deși contestatoarea „*aduce într-un mod ostentativ acuzații autorității contractante, care ies din sfera legislației achizițiilor publice*”, totodată, aceasta de toate drepturile aduse de legislația achizițiilor publice.

Învederează faptul că riscul neîntocmirii conforme a ofertei cade în sarcina operatorului economic, acesta neputând să-și invoce propria culpă, ca motiv al elaborării neconforme a ofertei sau a nedepunerii acesteia în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

În opinia sa, „*neglijența operatorului economic, care nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire se apropie și împrumută*

din atributele intenției directe sau indirecte sau ale culpei cu prevedere, în contextul în care ofertantul este prevenit de lege și de autoritate că trebuie să se conformeze documentației de atribuire”.

În același sens, intervenienta arată că documentația de atribuire este în egală măsură obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici, iar, potrivit adagiului latin „*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*”- nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpa, nimeni nu poate să obțină foloase invocând propria sa vină, incorectitudine, necinste și nici să se apere valorificând un asemenea temei.

Menționează că dreptul autorității contractante de a solicita clarificări ofertanților trebuie exercitat cu maxima prudență, pentru a nu distorsiona procedura și a crea avantaje aparente ori de substanță unor ofertanți neglijenți, conduită prohibită de prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „*Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”.

În plus, arată că, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctual 37).

Prin urmare, intervenienta apreciază că, în mod legal, autoritatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta depusă de SA, motiv pentru care solicită Consiliului să dispună respingerea contestației, ca nefondată și netemeinică și, pe cale de consecință, continuarea procedurii de atribuire.

SC SRL menționează că, în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, cererea de intervenție a fost comunicată, în copie, atât autorității contractante, cât și contestatoarei.

Prin adresa nr., Consiliul a comuniat contestatoarei ca răspuns la solicitarea acesteia de acces la dosarul cauzei, că acesta poate fi studiat la data de 22.02.2023.

Prin corespondența înregistrată al Consiliu sub nr. /24.02.2023, autoritatea contractantă a completat dosarul achiziției cu raportul procedurii și comunicările rezultatului procedurii.

Ulterior accesului la dosarul cauzei, contestatoarea a depus Note scrise, în cadrul cărora a reiterat solicitările din contestație, solicitând, în legătură cu cererea de intervenție respingerea argumentelor prezentate de intervenientă, în condițiile în care a criticat rezultatul procedurii, neavând obligația să critice solicitarea de clarificări nr. /09.12.2022.

Astfel, contestatoarea susține că a depus documente justificative în scopul demonstrării resurselor ce pot fi alocate de terții susținători și a răspuns concludent la solicitarea de clarificări a autorității contractante, reiterând susțineri din contestație.

..... SA a constituit cautiunea în valoare de lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar, prin adresa datată 13.01.2023, înregistrată la CNSC cu nr. /13.01.2023, recipisa de consemnare nr. 1 din 12.01.2023, emisă de Raiffeisen Bank – Agenția 13 Septembrie.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare infrastructură rutieră în Comuna, județul” cod CPV 45233120-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din 25.05.2022, stabilind termenul limită de depunere a ofertelor la 27.06.2022, decalat prin anunțul de tip erată nr. pentru 11.07.2022, valoarea estimată a contractului de achiziție publică de lucrări, fără TVA, de 41.473.378,93 lei și criteriul de atribuire aplicat „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 3 operatori economici, printre care se regăsește și oferta SA, aspect consemnat în procesul verbal nr. /12.07.2022.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. /27.12.2022, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de asocieria SRL – SC SRL – SC SRL, cu o valoare a propunerii financiare de 40.800.844,75 lei, fără TVA, în timp ce oferta depusă de SA a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG. nr. 395/2016, motivat de faptul că „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”.

Rezultatul procedurii a fost comunicat ofertantului SA prin adresa nr. /27.12.2022, iar acesta a depus contestația de față, solicitând următoarele:

1. anularea comunicării nr. /27.12.2022 privind rezultatul procedurii și a raportului procedurii nr. /27.12.2022, emise de autoritatea contractantă și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei SA, respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depuse de asocieria SRL (lider) - SRL (asociat) - SRL (asociat),

2. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SA, cu consecința stabilirii caracterului admisibil al acesteia și emiterea unui nou raport/ rezultat al procedurii, în conformitate cu

prevederile legale și în condițiile/ limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că SRL, ofertant declarat câștigător, a transmis CNSC, autorității contractante și contestatoarei, prin e-mail, la data de 31.01.2023, cererea de intervenție nr. /30.01.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. /31.01.2023 în interesul autorității contractante, aceasta fiind depusă, însă, cu nerespectarea termenului legal stabilit de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 („Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”), în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SA la data de 18.01.2023, astfel că termenul prevăzut de norma citată se împlinea la data de 30.01.2023 (în zilele de 28 și 29 ianuarie 2023 au fost zile nelucrătoare, sâmbătă și duminică).

În aceste condiții, Consiliul va respinge, ca tardivă cererea de intervenție formulată de SRL.

Analizând conținutul actului atacat, Consiliul constată că motivele care au condus la respingerea, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, a ofertei contestatoarei au fost următoarele:

«În conformitate cu prevederile art. 182, art. 3 și 4 din Legea 98/2016 (...)

Cerința privind dovedirea accesului la resursele terțului susținător a fost solicitată atât în Fișa de Date a Achiziției, cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională „(...)”

Astfel, raportat la angajamentele ferme prezentate din documentele de calificare depuse de dvs., acestea nu sunt însoțite de documentele justificative prin care se demonstrează efectiv modalitatea prin care terții susținători dispun de resursele necesare și le vor pune la dispoziția ofertantului. Este prezentat un registru al imobilizărilor și o listă de personal pentru partea de proiectare și un registru al imobilizărilor pentru partea de execuție, fără să fie demonstrate modalitatea de acces la aceste resurse efectiv pentru susținerea angajamentului dat, disponibilitatea acestora și modul efectiv în care aceste resurse vor fi puse la dispoziție, raportat la angajamentele în curs ale terțului susținător și la termenele stabilite prin documentația de atribuire. Simpla prezentare a unor liste de resurse nu justifică modul

concret de acces la aceste resurse în situația în care acestea vor fi disponibilizate în cazul în care va fi nevoie.

Prin răspunsul dvs. la solicitarea de clarificare/09.12.2022, prin care vi s-a solicitat să clarificați lipsa acestor documente, ați precizat că aceste documente se regăsesc pt. ambii terți susținători, însă, la verificarea acestora se regăsesc doar contracte de experiență similară, câte o simplă declarație că se vor disponibiliza resurse și extrase din registrul imobilizărilor. Raportat la aceste informații, concret, terții nu precizează care din resursele deținute vor putea fi mobilizate și nu sunt angrenate în alte contracte. În aceste condiții considerăm că cerința documentației de atribuire nu este îndeplinită».

În analizarea contestației, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

- pct. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor:

„Servicii de proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări la obiectivul: «Modernizare infrastructură rutieră în Comuna, județul», conform DALI și documentație tehnică pusă la dispoziția ofertanților”;

- pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, din fișa de date a achiziției, potrivit căroră:

«Ofertantul trebuie să demonstreze ca a dus la bun sfârșit* în ultimii 5 ani** execuție de lucrări similare în valoare cumulată de minim 39.931.549,90 Lei fără TVA, la nivelul a maxim 3 contracte. (...)

Modalitatea de îndeplinire:

În vederea îndeplinirii cerinței, Ofertantul/Ofertantul asociat/Terțul susținător va completa DUAE - Partea IV „Criteriile de selecție” - Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională”, indicând în mod explicit, pentru fiecare contract prezentat, cel puțin următoarele informații necesare pentru a verifica modul de îndeplinire a criteriului: denumirea contractului, Beneficiarul, tipul lucrărilor realizate, valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit* în ultimii 5 ani**. Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, certificate/documente care atestă îndeplinirea cerinței, și anume: (...)

Nota 2: În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul poate beneficia de susținerea unui/unor terț/terți. În acest sens vor fi respectate prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 48 din HG nr. 395/2016.

Nota 3: În cazul în care Ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț, terțul susținător va completa DUAE - Partea IV „Criteriile de selecție” - Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională”.

Nota 4: În cazul în care beneficiază de susținere din partea unui terț, ofertantul va prezenta:

a) Angajamentul ferm privind susținerea capacității tehnice acordată de terțul susținător, conform formular. Angajamentul ferm va fi încărcat în SEAP împreună cu DUAE și cu oferta și va fi semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

b) documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care

se constituie în anexe la angajamentul ferm. Aceste documente vor fi încărcate obligatoriu în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

c) documente/recomandări emise de beneficiarul lucrărilor și/sau Procese verbale de recepție pe obiect și/sau Procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor și/sau Procese verbale de recepție finală și/sau Documente constatatoare emise de autoritățile contractate și/sau Certificări de bună execuție, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică. Documentele menționate la pct. c) vor fi prezentate de Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, la respectarea cerințelor privind semnarea electronică a documentelor.

(...)

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

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

Ofertantul trebuie să fi prestat **servicii similare în prestări servicii de proiectare pentru lucrări cel puțin similare** (construire și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau extindere rețele de drumuri/autostrăzi) sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului în ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 1.541.829,03 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor serviciilor prestate la nivelul a maxim două contracte. Se menționează că cei 3 ani se vor calcula prin raportare la data limită de depunere a ofertelor prevăzută inițial în anunțul de participare simplificat, fără a fi afectată de eventuale decalări ale datei limită de depunere a ofertelor.

Modalitatea de îndeplinire:

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante. La nivelul DUAE trebuie precizate informații referitoare la: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, valoarea fără TVA, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție/confirmarea serviciilor, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil. Documentele justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, după caz acestea putând fi: (...).

NOTA: Entitatea contractantă are dreptul de a se adresa inclusiv beneficiarului final al serviciilor care fac obiectul contractului prezentat drept experiență similară, pentru confirmarea celor prezentate de operatorul economic (ofertant unic/ofertant asociat).

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

Proporția de subcontractare

Informații privind partea/părțile din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o/le subcontracteze, dacă este cazul.

Modalitatea de îndeplinire:

În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului/subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va prezenta câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivii subcontractanți, completat și semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia. Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor: - documente justificative ale subcontractantului/subcontractanților. Aceste documente pot fi: - certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării; - cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv; - alte documente edificatoare, după caz. Notă: din certificatul de atestare fiscală trebuie să rezulte că operatorul economic nu are datorii restante la momentul prezentării sau valoarea acestor datorii se încadrează în pragurile prevăzute la art. 166 (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. (...) Nota 3: Autoritatea contractantă vă verifica dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, numărul și data contractului/acordului de subcontractare pentru partea propusă pentru subcontractare. Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta vă prezenta DUAE doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere. Documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe locul I după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile”.

În prezenta procedură de atribuire, ... SA a depus ofertă în nume propriu, pentru prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică aferente contractului nominalizând 2 subcontractanți, respectiv SRL și SRL. Cei doi subcontractanți au fost nominalizați și terți susținători în vederea îndeplinirii cerinței de calificare referitoare la experiența similară în prestarea de servicii de proiectare.

Astfel, în legătură cu subcontractanții SRL și SRL, au fost depuse în cadrul ofertei mai multe documente, o parte dintre acestea regăsindu-se în cadrul propunerii tehnice, iar o parte regăsindu-se în cadrul documentelor de calificare, după cum urmează:

➤ în cadrul documentelor de calificare:

• SRL:

- DUAE, în cadrul căreia este invocat, în legătură cu experiența similară în executarea de servicii de tipul specificat, contractul având ca obiect „Servicii de proiectare și întocmire documentație pentru obținerea autorizației de construire și asistență tehnică pentru lucrarea «Reabilitare și modernizare drum județean DJ 108A: Bogdana - Buciumi-

Agrij - & Românași (intersecție cu DN 1F), km 19+000-39+551» conform subcontract de servicii nr. /13.09.2021 (...) Contractul este în derulare și sunt recepționate servicii de proiectare similare în valoare de 877.315,44 lei fără TVA. Valoare: 877.315,44 Moneda: RON Data început: 08/11/2021 Dată sfârșit: 30/05/2022 (...) Beneficiar final: JUDEȚUL SĂLAJ prin Consiliul Județean Sălaj, (...)";

- acordul de subcontractare nr. /07.07.2022, încheiat cu S.A, având ca obiect „servicii de proiectare și asistență tehnică”, în procent de 1,88%;

- privind susținerea tehnică și/sau profesională, potrivit căruia „..... (...) ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția S.C. S.A., toate resursele tehnice și profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta, conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

Acordarea susținerii tehnice și profesionale nu implică alte costuri pentru achizitor, cu excepția celor care au fost incluse în propunerea financiară.

În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția S.C. S.A., resursele tehnice și/sau profesionale (după caz) necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.

Susținerea tehnică și/sau profesională se referă la: • capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea cerinței de calificare nr. 1 și/sau cerinței de calificare nr. 2 de la capitolul III.2.3 (a) din Fișa de Date a Achiziției, (se va menține textul aplicabil susținerii acordate de către terț)";

- documente referitoare la experiența similară invocată;

- Declarație referitoare la modul efectiv prin care se va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, în cadrul căreia a menționat următoarele: „(...) prin susținerea acordată, cu referire la implicarea în executarea contractului ce face obiectul acestei proceduri a specialiștilor care au coordonat executarea în bune condiții a unor contracte similare, suntem în prezența unui veritabil transfer de cunoștințe (know-how) între terțul susținător și ofertant. Ofertantul, prin susținerea acordată (...) are acces direct și necondiționat la experiența profesională a noastră, în calitate de terț susținător, dobândită în executarea anterioară de contracte cu obiect similar”. În cadrul acestei declarații sunt redate dotările minime ce vor fi disponibile pentru prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului, precum și informații cu privire la personalul care va fi implicat/disponibilizat pentru prestarea serviciilor;

• SRL:

- DUAЕ, în cadrul căreia este invocat, în legătură cu experiența similară în executarea de servicii de tipul specificat, contractul nr. din 02.05.2019, având ca obiect „Proiectare și execuție”, „valoarea totală de proiectare și asistență tehnică fiind de 15.852.953,04 RON fără TVA, din care valoarea serviciilor de proiectare realizată de SC SRL este de 9.827.564,72 RON fără TVA. (...) Data început: 29/05/2019 Data sfârșit: 01/04/2020 Beneficiari:”.

- acordul de subcontractare nr./07.07.2022, încheiat cu S.A, având ca obiect „servicii de proiectare”, în procent de 0,1%;

- privind susținerea tehnică și/sau profesională, potrivit căruia „S.C. S.R.L., (...) ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția S.C. S.A., toate resursele tehnice și profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta, conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă. (...)

în acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția S.C. S.A., resursele tehnice și/sau profesionale de servicii de proiectare pentru lucrări cel puțin similare (construire și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau extindere rețele de drumuri/autostrăzi) sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului, necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică. Susținerea tehnică și/sau profesională se referă la: capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea cerinței de calificare nr. 1 și/sau cerinței de calificare nr. 2 de la capitolul III.2.3 (a) din Fișa de Date a Achiziției, (se va menține textul aplicabil susținerii acordate de către terț): «Ofertantul trebuie să fi prestat servicii similare în prestări servicii de proiectare pentru lucrări cel puțin similare (construire și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau extindere rețele de drumuri/autostrăzi) sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului în ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 1.541.829,03 lei fără TVA, (...)»;

- Declarație referitoare la descrierea modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, în cadrul căreia se regăsesc informații cu privire la dotări și personal;

- documente referitoare la experiența similară invocată;

- Registrul imobilizărilor;

➤ în cadrul propunerii tehnice:

- la paginile 872-1114 se regăsește partea din propunerea tehnică aferentă serviciilor de proiectare, purtând antetul SRL, în care este descrisă modalitatea de prestare a serviciilor de proiectare în cadrul contractului și este prezentat, printre altele, personalul propus (CV-uri, documente studii, modalități de acces, etc.), precum și echipamentele deținute și necesare realizării serviciilor.

În etapa de verificare a îndeplinirii condițiilor de calificare, prin adresa nr. /09.12.2022, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei clarificări sub următoarele aspecte:

«1. În cadrul documentelor de calificare prezentate în fișierul „Angajament terț sustinator.pdf.p7s”, se regăsește angajamentul ferm dat de terțul susținător SC SRL, însă, conform solicitării documentației de atribuire, nu se regăsesc documentele justificative prin care se demonstrează modalitatea efectivă în care terțul susținător va interveni în execuția lucrărilor, în conformitate cu prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016, alin. (4) „(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament” și ale art. 48 din HG nr. 395/2016. Aceasta solicitare a fost expres menționată și în Fișa de Date a Achiziției, cât și la nivelul formularului DUAЕ. Prezentarea unei simple liste cu echipamentele de care dispuneți la pag. 7-8 din angajament nu asigură cerințele documentației de atribuire și a legislației în vigoare.

2. Același aspect este sesizat și la terțul susținător SC SRL, unde, la pag. 29-34 este prezentată lista mijloacelor fixe, nicidecum a modalității efective prin care se va îndeplini contractul, a resurselor efectiv alocate pentru aceste activități și modalitatea efectivă în care terțul susținător va interveni în prestarea serviciilor dacă situația o va cere.

Vă rugăm să clarificați aceste aspecte, raportat la cerințele documentației de atribuire”.

Ofertantul S.A a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr., potrivit căreia:

„Terții susținători ai ofertantului S.C. SA, respectiv S.C. S.R.L. și S.C. S.R.L. nu vor interveni în execuția lucrărilor, aceștia fiind nominalizați totodată în cadrul procedurii ca subcontractanți în ceea ce privește prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică conform Acordurilor de subcontractare cu nr. /07.07.2022 și /07.07.2022.

Contrar afirmațiilor Autorității Contractante, cei doi terți susținători nominalizați au prezentat documente justificative în cadrul Documentelor de calificare cu denumirea, demonstrând astfel modalitatea efectivă în care terțul susținător va interveni în proiectarea lucrărilor.

Astfel, pentru terțul susținător S.C. S.R.L. s-au depus următoarele documente pentru demonstrarea modalității efective în care terțul susținător va interveni în proiectarea lucrărilor:

..... privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului/grupului de operatori economici;

DECLARAȚIE terț susținător privind experiența similară;

LISTA-PRINCIPALELOR LUCRĂRI EXECUTATE;

Declarație referitoare la modul de efectiv prin care se va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;

Lista dotărilor minime ce vor fi disponibile pentru prestarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului;

Personalul alocat și mobilizarea acestuia;

De asemenea, pentru terțul susținător S.C. S.R.L. s-au depus următoarele documente pentru demonstrarea modalității efective în care terțul susținător va interveni în proiectarea lucrărilor:

ANGAJAMENT FERM privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului/grupului de operatori economici;

DECLARAȚIE terț susținător privind experiența similară;

LISTA-PRINCIPALELOR LUCRĂRI EXECUTATE;

Descrierea modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului;

Personalul alocat și mobilizarea acestuia;

Registrul imobilizărilor”.

Comisia de evaluare, potrivit mențiunilor din procesul verbal nr. 3, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. /14.12.2022, a evaluat acest răspuns și a constatat că oferta este inacceptabilă, în conformitate cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, reținând că, «în conformitate cu prevederile art. 182 art. 3 și 4 din Legea nr. 98/2016 (...) Cerința privind dovedirea accesului la resursele terțului susținător a fost solicitată atât în Fișa de Date a Achiziției, cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională „(...) b) documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm. Aceste documente vor fi încărcate în SICAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii”.

Astfel, raportat la angajamentele ferme prezentate din documentele de calificare depuse de dvs., acestea nu sunt însoțite de documentele justificative prin care se demonstrează efectiv modalitatea prin care terții susținători dispun de resursele necesare și le vor pune la dispoziția ofertantului. Este prezentat un **registru al imobilizărilor și o lista de personal pentru partea de proiectare și un registru al imobilizărilor pentru partea de execuție**, fără să fie demonstrate modalitatea de acces la aceste resurse efectiv pentru susținerea angajamentului dat, disponibilitatea acestora și modul efectiv în care aceste resurse vor fi puse la dispoziție, raportat la angajamentele în curs ale terțului susținător și la termenele stabilite prin documentația de atribuire. Simpla prezentare a unor liste de resurse nu justifică modul concret de acces la aceste resurse în situația în care acestea vor fi disponibilizate în cazul în care va fi nevoie.

Prin răspunsul dvs. la solicitarea de clarificare /09.12.2022, prin care vi s-a solicitat să clarificați lipsa acestor documente, ați precizat că aceste

documente se regăsesc pt. ambii terți susținători, însă, la verificarea acestora se regăsesc doar contracte de experiență similară, câte o simplă declarație ca se vor disponibiliza resurse și extrase din registrul imobilizărilor. Raportat la aceste informații, concret, terții nu precizează care din resursele deținute vor putea fi mobilizate și nu sunt angrenate în alte contracte. În aceste condiții considerăm că cerința documentației de atribuire nu este îndeplinită”.

Astfel, în speță, este necesar să se stabilească dacă cerința de calificare privind experiența similară referitoare la serviciile de proiectare este îndeplinită de contestatoare, având în vedere faptul că aceste servicii sunt subcontractate de contestatoare operatorilor economici S.R.L. și S.C. S.R.L., iar pentru îndeplinirea cerinței în discuție, a fost invocată experiența subcontractanților propuși.

Potrivit dispozițiilor art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, „(3) *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 capacitate 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 capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).*”.

Aceste prevederi legale stabilesc posibilitatea ca experiența similară a unor subcontractanți propuși să poată fi luată în considerare în evaluarea capacității tehnice a ofertantului care a nominalizat respectivii subcontractanți, în măsura în care, aceștia prestează respectivele activități.

Potrivit definiției prevăzută la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, subcontractantul este 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, acesta fiind implicat în mod direct și continuu în contractul ce se va derula, pe durata de derulare a contractului.

În aceste condiții, Consiliul apreciază, în situația expusă anterior, în care cei doi operatori economici sunt declarați subcontractanți, fiind astfel implicați în contract în mod direct, verificarea de către comisia de evaluare a îndeplinirii condiției de calificare privind experiența similară referitoare la serviciile de proiectare trebuia efectuată, în principal, prin verificarea experienței similare a acestora.

Faptul că, autoarea contestației a stabilit că cei doi operatori economici sunt și terți susținători în ceea ce privește experiența similară aferentă serviciilor de proiectare nu este de natură să limiteze

verificarea autorității contracarante numai sub aspectul susținerii acordate de aceștia. O asemenea situație ar fi fost posibilă numai dacă cei doi operatori economici nu erau numiți și subcontractanți.

Situația prevăzută la art. 182 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi. (2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător **doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.**”, se regăsește în prezenta speță, în condițiile în care cei doi terți susținători au fost declarați subcontractanți, fiind depuse în acest sens acordurile de subcontractare dar și o multitudine de documente în legătură cu aceștia, iar în propunerea tehnică, care cuprinde propunere tehnică aferentă execuției și propunere tehnică aferentă serviciilor de proiectare, se regăsește redat modul efectiv prin care subcontractanții vor asigura îndeplinirea contractului, intervenția acestora în cadrul contractului fiind una certă.

Concluzionând, în legătură cu decizia de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul apreciază ca aceasta este greșită, contestația fiind întemeiată sub acest aspect.

Cu privire la susținerea contestatoarei potrivit căreia, în cazul de asocierii SRL – SC SRL – SC SRL, declarată câștigătoare, autoritatea contractantă a solicitat înlocuirea terțului susținător, măsură care nu a fost aplicată și cu privire la oferta sa, Consiliul constată că această situație juridică a ofertei contestatoarei nu se impunea ofertei sale.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SA și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depusă de contestatoare, 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 oferta depusă de SA, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SA în contradictoriu
cu

Anulează actele autorității contractante privind decizia de
respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depusă de SA, 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 oferta depusă de SA, să
stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire
ales.

Respinge, ca tardivă, cererea de intervenție depusă de 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,