

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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..., cu sediul în..... nr...., înregistrată la... sub nr...., având..., reprezentată convențional prin..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în..., bd.... nr....., împotriva adresei nr.... de comunicare a rezultatului procedurii și a răspunsului de motivare nr...., emise de..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în....., sector..., reprezentată cpnvențional prin... și Asociații..... nr....., et...., sectorul..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect contoare trifazate de energie electrica pentru punctele de masurare de categoria A si categoria B, s-au solicitat:

- *Suspendarea procedurii de atribuire a acordului cadru până la soluționarea prezentei contestații, sau a deciziei luate de entitatea contractantă de excludere a subscrisei din procedură;*
- *Să constatați caracterul nelegal al comunicării Entității Contractante de respingere ca inacceptabilă a solicitării de participare depusă de subscrisa;*
- *Să constatați caracterul nelegal al deciziilor si actelor subsecvente care au stat la baza continuarii procedurii dupa excluderea nelegala a subscrisei, respectiv:*
 - *continuarea procedurii fara comunicarea prealabila a rezultatului evaluarii;*
 - *organizarea si desfasurarea licitatiei electronice fara participarea contestatorului;*
 - *orice acte ale comisiei de evaluare ulterioare excluderii nelegale a subscrisei;*
- *În funcție de soluțiile ce vor fi pronunțate cu privire la aspectele menționate anterior, obligarea entității contractante la*

reevaluarea ofertei subscrisei, cu respectarea limitelor stabilite de Consiliu, precum și stabilirea măsurilor concrete ce se impun entității contractante pentru efectuarea reevaluării și reluarea procedurii din punctul corespunzător;

- În eventualitatea în care reevaluarea ofertei subscrisei nu este posibilă, solicităm să dispuneți anularea procedurii;
- Orice altă măsură de remediere care va fi considerată oportună de către Consiliu, în raport cu dezlegarea dată motivelor de nelegalitate invocate;
- Obligarea entității contractante la suportarea cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

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... critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele ante-menționate.

Contestatoarea aduce argumente în susținerea caracterului nelegal și nefundamentat al respingerii ofertei sale, precizând faptul că entitatea contractantă a reținut următoarele: „Clarificarile transmise nu sunt concludente, iar oferta prezinta semne de intelegeri anticoncurentiale, semne de coruptie si elemente specifice unei oferte anormal de scazute, in conditiile art.... alin. (4) din HG 394/2016 si art. 228 alin. (5) din Legea 99/2016.”.

Totodată, menționează reclamanta, prin răspunsul de motivare nr...., entitatea contractantă a susținut că documentele transmise de... la clarificări (respectiv anexa 27A și contractul de împrumut) ar reprezenta „documente noi”, „nerelevante” și „inadmisibile”.

Autoarea contestației supune atenției următoarele aspecte:

Ulterior depunerii ofertei, prin adresa nr....., entitatea contractantă a solicitat... două clarificări punctuale:

(a) indicarea documentelor din ofertă care dovedesc „modul efectiv” de susținere financiară (cifra de afaceri) de către

(b) retransmiterea DUAЕ în forma completată corespunzător.

Petenta subliniază faptul că entitatea contractantă nu a solicitat alte documente, nu a precizat că există deficiențe, nu a susținut că lipsesc documente obligatorii și nu a contestat existența angajamentului ferm.

Prin adresa nr..... apreciază că a răspuns punctual, corect și... solicitărilor achizitoarei, după cum urmează:

- a indicat expres faptul că formularul... reprezintă documentul prin care se obligă ferm, necondiționat și irevocabil să pună la dispoziție resursele financiare necesare;
- a prezentat cifra de afaceri relevantă a (conform DUAЕ și bilanțurilor);
- a retransmis DUAЕ completat conform cerinței;
- a depus - pentru evitarea oricăror dubii - anexa 27A și contractul de împrumut, ambele datate anterior depunerii ofertei (...), care detaliază mecanismul efectiv de punere la dispoziție a sumelor (caracter suspensiv).

Reclamanta consideră esențial de subliniat că:

- aceste documente existau la data depunerii ofertei;
- sunt anexe ale angajamentului ferm;
- nu modifică oferta;
- au fost solicitate implicit prin clarificarea entității contractante.
- sunt perfect admisibile conform art. 137 și art.... din HG nr.

394/2016;

- respectă... privind terțul susținător.

În opinia reclamantei, adresa nr..... de comunicare a rezultatului, prin care oferta... a fost respinsă ca inacceptabilă:

- este contrară dispozițiilor art. 148 din HG nr. 394/2016, care impune motivare concretă;
- conține afirmații penale grave neprobate;
- prezintă simple etichetări, fără fundament real;
- nu identifică cerința încălcată;
- nu identifică elementul neconcludent.

Ulterior, remarcă petenta, prin adresa nr....., entitatea contractantă:

- susține că documentele depuse la clarificări sunt „*documente noi*”;
- recunoaște în același timp că sunt datate anterior depunerii ofertei (...);
- afirmă ca nu pot fi luate în considerare;
- nu explică de ce clarificarea ar fi neconcludentă;
- admite indirect că toate documentele cerute există.

În continuare, contestatoarea supune atenției o serie de argumente în susținerea capătului de cerere vizând suspendarea procedurii.

Reclamanta critică și faptul că organizatoarea procedurii a continuat procedura și a organizat licitația electronică fără a comunica respingerea înainte de etapa finală.

Totodată, semnalează contestatoarea, solicitarea entității contractante de a demonstra în detaliu modalitatea efectivă de transfer a resurselor este vădit nelegală, întrucât se referă la un tip de resursă - cifra de afaceri - care, potrivit jurisprudenței constante a CNSC și a instanțelor, reprezintă resurse netransferabile.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Referitor la capătul de cerere vizând suspendarea procedurii, prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr....., în calitate de entitate contractantă, a transmis punct de vedere, aducând argumente în susținerea respingerii respectivei cereri.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr....., în calitate de entitate contractantă, a transmis punct de vedere pe fondul contestației, prin intermediul *căruia* solicită respingerea contestației depusă de..., pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Într-un prim aspect, organizatoarea procedurii redă o serie de aspecte în susținerea inadmisibilității contestației pentru netransmiterea dovezii de consemnare a cauțiunii în termen de 5 zile de la depunerea contestației.

În opinia entității contractante, criticile invocate la pct.... și... din contestație sunt neîntemeiate, prevederile art. 197 alin. (2) din Legea 99/2016 nefiind aplicabile.

Achizitoarea precizează că oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă și neconformă întrucât nu conținea documentele necesare potrivit documentației de atribuire, iar răspunsul la clarificări a fost neconcludent în lipsa documentelor noi depuse, iar nu întrucât terțul nu îndeplinea condițiile privind capacitatea economică și financiară.

De asemenea, supune atenției faptul că nu a cerut să se arate modalitatea efectivă de transfer a unei resurse netransferabile.

Organizatoarea procedurii redă o serie de aspecte în susținerea faptului că afirmațiile reclamantei de la punctele... din contestație sunt lipsite de fundament, instituția sa transmițând motivarea explicită a aspectelor ce au stat la baza respingerii ofertei.

Afirmația conform căreia documentele noi nu erau necesare la momentul depunerii ofertei contravine dispozițiilor art. 196 alin. (4) din Legea 99/2016, remarcă achizitoarea.

Totodată, adaugă că fișa de date conține în mod explicit cerința conform căreia aceste documente doveditoare trebuiau depuse odată cu angajamentul ferm.

Entitatea contractantă afirmă că a invocat dispozițiile art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 sub aspectul primului caz menționat în prevederea legală, și anume neconformitatea cu documentele achiziției.

Achizitoarea apreciază că situațiile menționate de prevederea legală citată nu sunt cumulative, iar instituția sa a menționat foarte clar, în cadrul motivării extinse a raportului de evaluare rezultate, că a avut în vedere primul caz de neconformitate, iar nu toate cazurile de neconformitate.

Contrar celor susținute de contestatoare, organizatoarea procedurii remarcă faptul că procedura de atribuire aplicată este cea de licitație deschisă, în cadrul căreia, în mod firesc și conform practicii curente, comunicarea respingerii unei oferte are loc în etapa finală.

În acest context, entitatea contractantă consideră că a procedat în mod corect transmițând rezultatul evaluării referitor la oferta reclamantei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr..... a transmis concluzii scrise, prin intermediul cărora *redă o serie* de aspecte în susținerea faptului că, având în vedere încălcările grave ale legislației achizițiilor publice, vicierea ireparabilă a procedurii prin desfășurarea licitației electronice fără societatea sa și imposibilitatea aplicării unor măsuri de remediere efective, solicită admiterea contestației și dispunerea măsurilor legale corespunzătoare, cu prioritate anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea aduce argumente în vederea respingerii excepției inadmisibilității contestației pentru netransmiterea dovezii de consemnare a cauțiunii în termenul legal, invocată de entitatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr....., în calitate de entitate contractantă, a transmis concluzii scrise, prin intermediul cărora *redă o serie de aspecte* în susținerea faptului că, în speță, nu poate fi reținută nicio viciere a procedurii și nici incidența art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr....., în calitate de entitate contractantă, a transmis dovada cheltuielilor de judecată solicitate, respectiv factura/..., în sumă totală de..., reprezentând contravaloare asistență juridică conform contract... și raport de activitate.

... a constituit cauțiunea în sumă de..., prin recipisa de consemnare nr...., eliberată de... - Sucursala..., înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr.....

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

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect Contoare trifazate de energie electrică pentru punctele de măsurare de categoria A și categoria B, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.....

Valoarea estimată totală a acordului-cadru este cuprinsă între... și..., fără TVA, iar criteriul de atribuire cel mai bun raport *calitate-preț*.

La procedură au fost primite 4 oferte, în urma evaluării cărora a fost încheiat raportul procedurii nr...., prin care s-a decis respingerea ofertei..., ca inacceptabilă și neconformă.

Nemulțumită de acest rezultat, comunicat cu adresa nr....., pentru motivele evocate în cele ce preced... a promovat prezenta contestație solicitând anularea rezultatului, reevaluarea ofertei sale, precum și suspendarea procedurii.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire va fi respinsă, ca nefondată, întrucât, potrivit art. 9 alin. (4) și (5) din Legea nr. 101/2016, entității contractante îi este interzisă atribuirea contractului mai înainte de soluționarea contestației și comunicarea deciziei de către Consiliu, sub sancțiunea nulității încheierii lui. Altfel spus, în situația de față, finalizarea procedurii este suspendată prin efectul dispozițiilor art. 9 alin. (4) din lege.

În raport cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța în cele ce urmează, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației pentru netransmiterea dovezii de consemnare a cauțiunii în termen de 5 zile de la depunerea contestației, invocată de entitatea contractantă, pe care o va respinge având în vedere că, potrivit celor de mai sus, contestatoarea s-a achitat de obligația instituită în sarcina sa de dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin prezentarea recipisei de consemnare nr.... din data de..., eliberată de...-Sucursala..., în original, în cuantumul corespunzător, de..., constituită în intervalul de 5 zile de la data înregistrării contestației la CNSC.

Procedând la analiza fondului contestației, Consiliul ia act că... reclamă... de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul art.... alin. (4) din HG nr. 394/2016 coroborat cu art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

În esență, răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări a fost considerat neconcludent în referire la documentele transmise din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător... a dovedit îndeplinirea angajamentului de susținere financiară, entitatea apreciind și asupra neconformității ofertei pentru nerespectarea documentelor achiziției.

În analiza deciziei de respingere a ofertei..., Consiliul reține prevederea fișei de date, regăsită la cap III.... - Capacitatea economică și *financiară, având conținutul:*

În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi entității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, **prezentând un angajament ferm în acest sens din partea terțului/terților.**

(...)

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

Tertul/terții sustinatori vor prezenta DUAE, conform art. 202, alin. (2) din Legea 99/2016, completand sectiunile aferente cerintelor pentru care tertul/terții sustinatori asigura sustinerea capacitatii economice si financiare, si sectiunile relevante, astfel incat sa reiasa ca tertul/terții nu se afla in situatiile care

determina excluderea din procedura, conform prevederilor art...., 177, 178 si 180 din Legea 99/2016, **împreună cu angajamentul privind susținerea financiară (Formular + Anexa), inclusiv anexele acestuia).**

Așadar, entitatea contractantă a cerut explicit ofertanților să prezinte odată cu angajamentul de susținere și anexele acestuia constând în documente transmise de terțul susținător din care rezultă modul efectiv în care acesta dovedește îndeplinirea angajamentului de susținere asumat.

Prevederile enunțate nu au format obiectul vreunei solicitări de clarificări sau contestații situație în care, nemodificate fiind, și-au consolidat forța obligatorie în forma elaborată, atât față de ofertanți, care, prin urmare, aveau obligația în situația invocării susținerii unui terț susținător, de a prezenta angajamentul ferm dar și documentele probatorii ale modului efectiv de îndeplinire a angajamentului asumat, cât și față de comisia de evaluare în etapa verificărilor aflate în competența acesteia.

Trebuie punctat faptul că, impunând anumite rigori, entitatea contractantă limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care a înțeles să le stabilească.

Obligația comisiei de evaluare de a evalua ofertele cu respectarea cerințelor explicit stabilite la nivelul documentației de atribuire a fost reținută în mod constant și în jurisprudența CJUE, de interes fiind considerentele din cauza C-42/13, potrivit cu care:

42. Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictete criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens..., C 336/12, EU: C:....., punctul 40).

.... Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva.../18.

... a înțeles să facă dovada îndeplinirii criteriului de calificare privind cifra de afaceri prevăzut la cap. III....) - Capacitatea economică și financiară din fișa de date, prin invocarea susținerii..., pentru care a prezentat DUAE și Angajament terț susținător.

Relevantă în soluționare sunt următoarele dispoziții legale:

•din Legea nr. 98/2016:

- Art. 185. - (1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitate referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte criterii privind capacitatea față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criteriile privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte criterii privind capacitatea față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criteriile privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare

a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Entitatea contractantă nu poate stabili criterii privind capacitatea 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 sunt prezentate documente relevante în acest sens.

(5) Toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

- Art. 196:

(1) **Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract sectorial/acord-cadru, să recurgă la 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. 192 lit. _____ g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

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

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

- Art. 202:

(1) Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180;
b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de entitatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, susținerea unui terț, DUAE, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de către terțul/terții susținător(i). DUAE prezentat de terțul/terții susținător(i) va include toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și informațiile de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță pentru susținerea acordată în cadrul procedurii de atribuire respective.

• din Hotărârea de Guvern nr....:

Art. 55:

(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

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

a) terțul/terții susținător pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

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

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că participanții ofertanți la procedură sunt obligați să probeze, pe de o parte, că *dispun efectiv de resursele terțului*, iar pe de altă parte, că terțul *deține* resursele respective. Cu alte cuvinte, candidații sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente care să indice care sunt concret resursele tehnice și profesionale pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm, cât si modul efectiv în care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Pentru entitatea contractantă prezintă interes proba faptului și modalitatea în care terții susținători, prin punerea resurselor la dispoziția ofertantului, asigură îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție sectorială.

Or, din documentele inițial prezentate în cadrul ofertei de către..., nu rezulta modalitatea efectivă în care se vor implica terții propuși în ducerea la îndeplinire a contractului ce se va încheia.

Relevante din această perspectivă este... *privind instituția terțului susținător, în care se arată că terțul susținător nu dobândește calitatea de ofertant și nici, în mod automat, pe aceea de subcontractant, însă, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să poată beneficia efectiv de obligațiile asumate de terțul susținător, astfel încât această susținere să nu fie formală și să asigure ducerea la bun sfârșit a contractului.*

În continuare, Îndrumarea cuprinde la secțiunea *Modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la situația economică și financiară de către terțul susținător/terții susținători* documentele care se vor depune de terțul susținător odată cu candidatura/oferta: angajament ferm dar și documente din care să rezulte modul efectiv prin care se transferă către contractant sumele puse la dispoziție, atunci când va fi necesar în derularea contractului.

... precizează în subsolul Modalității menționate că:

Aceste documente nu se referă la documentele justificative privind îndeplinirea nivelului solicitat pentru criteriul de calificare/selecție, ci reprezintă documente care dovedesc faptul că terțul susținător dispune/deține suma pe care o invocă în angajamentul ferm de susținere că o va pune la dispoziția contractantului. Spre exemplu, dacă criteriul de calificare este legat de îndeplinirea unui **nivel minim al cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani** de... euro, documentele **prin care terțul dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care își asumă prin angajament că le va mobiliza sunt extrase de cont din care reiese existența sumei de bani pe care o va pune la dispoziția contractantului, dacă va fi cazul. Astfel de documente vor fi depuse odată cu angajamentul ferm și sunt diferite de documentele care vor fi depuse, la solicitarea autorității/entității contractante pentru dovedirea nivelului cifrei de afaceri solicitat.**

De asemenea... *privind instituția terțului susținător cuprinde la secțiunea Modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la capacitatea tehnică și profesională de către terțul susținător/terții susținători* documentele care se vor depune de terțul susținător odată cu oferta: angajament ferm dar și documente din care să rezulte că terțul dispune de resursele tehnice și profesionale pe care le va mobiliza în executarea contractului.

În nota 4 se exemplifică *Implicarea efectivă a terțului susținător, acolo unde este cazul, se poate concretiza:*

- *fie prin mobilizarea și implicarea resurselor umane și tehnice ale terțului susținător în execuția contractului de achiziție publică/sectorial (caz în care rămân valabile cele de mai sus);*

- *fie prin asumarea de către terț a rolului de subcontractant (caz în care se vor depune doar: DUAE, Formulare/declarații solicitate prin documentația de atribuire și acordul de subcontractare.*

Așadar, în măsura în care terțul susținător nu are și calitatea de subcontractant, acesta își dovedește implicarea efectivă prin mobilizarea și implicarea resurselor umane și tehnice proprii în execuția contractului de achiziție publică.

În continuare, Îndrumarea cuprinde formulare - anexă cu privire la angajamentul ferm al terțului și la documentația anexă la angajament. Din documentele prezentate de terț trebuie să reiasă cum se va face transferul acestor resurse către contractant (inclusiv termenele în care resursele vor fi puse la dispoziția contractantului), astfel încât acestea să fie disponibile contractantului la momentul în care trebuie să fie implicate în derularea/executarea contractului de achiziție publică/sectorial.

Transferul resurselor invocate trebuie să fie posibil în orice moment începând cu data semnării contractului de achiziție publică/sectorial. Acestea se vor constitui în anexe la prezentul angajament ferm.

Așadar, potrivit dispozițiilor legale incidente și..., secțiunea *Modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la situația economică și financiară de către terțul susținător/terții susținători* respectiv secțiunea *Modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la capacitatea tehnică și profesională de către terțul susținător/terții susținători*, angajamentele ferme trebuie să fie însoțit de documente din care să rezulte modul efectiv prin care terții susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la angajamentul depus.

Relevantă este și jurisprudența CJUE, respectiv cauza C-324/14... împotriva Zarzad..., cu participarea Remondis sp. z o.o....-ce sp. z o.o., în care CJUE s-a pronunțat astfel:

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

34 O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de asemenea Directiva.../18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie..... 2 și..., C.../12, EU: C:....: 646, punctul 34 și jurisprudența citată).

.. Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă

generală de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat.

(...)

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

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

(...)

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

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

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

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

- recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și**

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

Din analiza acestor considerente ale... de Justiție a..., se poate reține că ideile principale din cauza judecată, referitor la rolul terțului în ofertă, sunt următoarele:

- fără capacitățile financiare și economice, precum și tehnice și/sau profesionale ale terțului, ofertantul nici nu putea fi admis să participe la procedură (idee prezentă și în cauza C-234/14);
- ofertantului îi incumbă să facă dovada că dispune *efectiv* de mijloacele acestor organisme sau întreprinderi, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare executării contractului;
- precum și faptul că
- terțul, prin susținerea acordată, se obligă să execute părți din contract.

Prin urmare, în speță, pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind cifra de afaceri, terțul susținător propus avea obligația să prezinte pe lângă angajamentul ferm întocmit conform prevederilor legale, documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate și nu doar afirmarea disponibilității acestora; așadar, dovedirea nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, respectiv la nivel de hârtii, terțul neavând numai atribuții declarative.

Consiliul va reține ca fiind relevantă, cu titlu jurisprudențial, și... nr. 232/R/30 aprilie... pronunțată de...-Mureș, în dosarul 113/... /..., în care s-a reținut:

(...) în sensul art. 182 alineat 1 din Legea 98/2016 " 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."

Art. 182 alineat 3 și 4 din același act normativ dispun suplimentar: „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. **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.**

În același sens, art. 50 alineat 1 din HG 395/2016 prevede că „În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin. actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm."

Art. 48 alineat 2 din același act normativ: „Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

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

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

Așadar, în sensul dispozițiilor legale anterior indicate, în cazul în care terțul susținător nu are și calitatea de subcontractant, este necesar ca ofertantul să probeze pe de o parte că va dispune efectiv de resursele terțului iar pe de altă parte că terțul deține resursele respective.

În acord cu petenta constatăm că art 182 alineat 2 și 2 indice 1 nu au relevanță în cauză, vizând aspecte ce țin de calificările educaționale și profesionale sau experiența profesională relevantă, ce nu fac obiectul prezentei proceduri. De remarcă că în fapt și Comisia de evaluare s-a raportat strict la art. 182 alineat 4 din Legea 98/2016. Reținem din textele de lege anterior citate că, atunci când se prevalează de susținerea unui terț pentru a face dovada îndeplinirii unei cerințe de calificare, ofertantul nu se poate prevala doar de angajamentul ferm al terțului, dispozițiile legale incidente în cauză impunând depunerea de documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

(...)

Or, contestatoarea nu a prezentat entității contractante o atare documentație prin care să demonstreze modul efectiv în care terțul susținător propus, în speță..., va proceda la executarea contractului, respectiv nu a prezentat informațiile la care face referire....

Acesta este motivul pentru care prin adresa nr....., entitatea contractantă a solicitat să indice, printre altele, unde, în documentația aferentă ofertei, se regăsesc documentele din care să rezulte modul efectiv prin care terțul sustinator dovedeste îndeplinirea angajamentului de susținere financiară privind cifra de afaceri, conform cerințelor din Fișa de date... juridice, economice, financiare și tehnice, cap III....) Capacitatea economică și financiară. Astfel de documente trebuie depuse odată cu angajamentul ferm și sunt diferite de documentele care vor fi depuse, la solicitarea entității contractante pentru dovedirea nivelului cifrei de afaceri solicitat.

... a transmis răspunsul nr.... prin care a făcut trimitere la precizările din formularul... - Angajament terț susținător, a redepus formularul DUAЕ și formularul... completate de....

Totodată, au fost atașate răspunsului două documente noi, respectiv:

- Anexa 27A, datată..., prin care terțul susținător... se angajează să pună la dispoziția ofertantului resurse financiare în limita a...;

- Contractul de împrumut cu clauză suspensivă nr.... încheiat între... (împrumutat) și... (împrumutator), prin care împrumutatorul pune la dispoziția împrumutatului un plafon de împrumut în sumă de....

Aceste ultime două documente **nu** se găsesc în oferta transmisă inițial, iar nicăieri în Formularul... (Angajamentul terțului susținător) nu se face vreo referire la existența acestor documente.

Deși, formal, documentele sunt emise anterior datei de depunere a ofertelor, fixată pentru..., documentele nu au fost depuse odată cu oferta inițială și nu sunt menționate în angajamentul ferm. Prezentarea lor ulterioară nu poate fi calificată drept simplă clarificare, întrucât angajamentul ferm nu face **nicio** referire la asemenea înregistrări, iar sumele indicate în documentele noi nu apar în documentele depuse inițial.

O solicitare de clarificări este doar un instrument prin care entitatea contractantă poate clarifica aspecte ale ofertei inițiale și nu poate avea ca scop permiterea depunerii unor documente noi sau care cuprind modificări semnificative ale ofertei inițiale.

Astfel cum s-a arătat în cele ce preced, în conformitate cu art. 196 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, precum și cu... privind terțul susținător, documentele care probează resursele financiare asumate trebuie depuse concomitent cu angajamentul ferm și cu oferta.

În prezenta cauză, în oferta inițială, terțul susținător nu a furnizat nicio dovadă privind existența ori disponibilitatea efectivă a fondurilor promise.

Cât privește apărările contestatoarei potrivit cu care autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite înlocuirea terțului susținător dacă aprecia că nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea financiară și tehnică, Consiliul le va respinge având în vedere că în discuție nu se află îndeplinirea criteriului de calificare cifra de afaceri ci dovedirea modului efectiv prin care se vor transfera contractantului resursele financiare care formează obiectul angajamentului de susținere, dovadă pe care contestatoarea nu a făcut-o.

Contrar susținerilor contestatoarei cum că respingerea se bazează pe o motivație generică, lipsit de elemente factuale, Consiliul reține că... de respingere este fundamentată la nivel de detaliu, în raportul procedurii făcându-se trimitere la cerința fișei de date avută în vedere în analiza modului efectiv prin care terțul susținător dovedește îndeplinirea angajamentului de susținere, la... privind terțul susținător, invocându-se și temeiurile de drept în susținerea respingerii.

Susținerile contestatoarei privind pretinsa viciere a procedurii prin continuarea acesteia cu etapa licitației electronice sunt neîntemeiate și contrazise de modul efectiv de derulare a procedurii. În conformitate cu art. 1... din Legea nr. 99/2016 [(1) Înainte de începerea licitației electronice,

entitatea contractantă are obligația de a realiza o evaluare inițială integrală a ofertelor, în conformitate cu criteriul de atribuire și factorii de evaluare stabiliți prin documentele achiziției. (2) Entitatea contractantă are obligația de a transmite, simultan, prin mijloace electronice invitația la licitația electronică către toți ofertanții care au depus oferte admisibile], entitatea contractantă a realizat evaluarea ofertelor anterior inițierii licitației electronice, iar la această etapă au fost invitate exclusiv ofertele considerate admisibile.

Din actele evaluării, rezultă că licitația electronică a fost declanșată după finalizarea evaluării și după transmiterea de către SEAP a clasamentului ofertanților admiși, în condițiile art. 122 alin. (1) din HG nr. 394/2016 - (1) În cazul în care licitația electronică reprezintă etapa finală a unei proceduri de atribuire care a fost aplicată prin utilizarea integrală a mijloacelor electronice, aceasta poate fi inițiată de entitatea contractantă numai după transmiterea de către SEAP a clasamentului ofertanților ale căror oferte au fost considerate admisibile.

În ceea ce privește momentul comunicării respingerii ofertei, acesta este determinat de natura procedurii aplicate, respectiv licitația deschisă. Spre deosebire de procedurile cu etapă de selecție distinctă, în licitația deschisă comunicarea respingerii are loc în cadrul comunicării rezultatului procedurii, conform art. 228 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Ori, în cauză, entitatea contractantă a respectat această succesiune procedurală, fără a nesocoti norma invocată.

Date fiind acestea, Consiliul reține că nu sunt motive pentru infirmarea deciziei entității contractante privind oferta....

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Cererea contestatoarei de obligare a entității contractante la plata a cheltuielilor de judecată, va fi respinsă, pe de o parte, deoarece nu s-a făcut dovada unor atare cheltuieli, iar, pe de altă parte, deoarece entitatea contractantă nu a căzut în pretenții.

Cu privire la cererea entității contractante de obligare a contestatorului la plata cheltuielilor de judecată, reprezentând onorariu de avocat în quantum de..., conform facturii nr...., achitată online, Consiliul apreciază că se impune reducerea la suma de... din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din..., Consiliul apreciază că suma solicitată este excesivă. Cheltuielile de judecată cuprind orice cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării prezentei contestații.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 4... alin. (2) din Codul de procedură civilă și, ținând seama de serviciile prestate de avocat, analizând prin prisma dispozițiilor art. 4...

alin. (2) din Codul de procedură, suma de..., reprezentând onorariu avocat suportat de entitatea contractantă cu ocazia soluționării prezentei contestații, este nepotrivit de mare în raport de muncă depusă de avocat. Astfel fiind, raportat la gradul de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere și la volumul de muncă pe care l-a presupus susținerea prezentului demers, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la suma de..., față de care contestatorul va fi obligată la plată către entitatea contractantă.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 4... alin. (2) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de entitate, în calitate de client, și avocatul său, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1...0 Cod civil.

De asemenea, se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr...., potrivit căroră avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienții lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 4... alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului la suma de..., este în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei și, nu în ultimul rând, munca depusă de avocat, în condițiile art. 4... Cod procedură civilă părțile fiind îndreptățite să solicite cheltuielile de judecată, respectiv onorariu de avocat, care însă poate fi diminuat de către Consiliu, în condițiile legale menționate anterior.

În soluționarea acestui aspect, Consiliul reține... nr.....

Pentru considerentele expuse, Consiliul va admite cererea formulată de entitatea contractantă cu privire la obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației și va obliga contestatoarea la plata către aceasta a sumei de..., reprezentând onorariu de avocat redus.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția invocată de entitatea contractantă.

În conformitate cu art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu..., în calitate de entitate contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge cererea... de plată a cheltuielilor de judecată și o admite pe cea a entității, fiind obligată... la plata către entitatea contractantă a sumei de... reprezentând onorariu de avocat redus.

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

Împotriva prezentei decizii 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.