

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:.....

Prin contestația nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de către SC SRL, având ca subcontractanți declarați SC SRL iar ca terț susținător SC ... SRL, cu sediul în, ..., județul, având Cod Unic de Înregistrare RO și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal de administrator ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de execuție pentru obiectivul de investiție Proiectului cod SMIS 125418 privind «Reabilitare/reconversie/extindere construire infrastructură educațională în, Alea, în vederea modernizării și echipării infrastructurii educaționale pentru educație timpurie preșcolară» din, județul, cod CPV 45453000-7, s-a solicitat:

-anularea adresei nr. 54.202/25.05.2022 reprezentând Raportul procedurii;

-anularea adresei nr. 54.200/25.05.2022 reprezentând Comunicarea rezultatului procedurii și anularea tuturor actelor subsecvente acestora;

-obligarea autorității contractante la recunoașterea dreptului pretins de către contestator, respectiv, reevaluarea ofertei SC SRL având ca subcontractanți declarați SC SRL iar ca terț susținător SC SRL.

**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 SC SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire, învederând următoarele:

În data de 22.02.2022, contestatorul a primit din partea autorității contractante adresa nr. 19242, reprezentând Raportul procedurii și adresa nr. 19246 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii prin care i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa (clasată pe locul al 2-lea) a fost declarată

admisibilă dar necâştigătoare având un preţ mai mare (3.844.079,54 lei) decât oferta SC SRL declarată câştigătoare (3.739.653,77 lei).

În urma studierii la sediul autorităţii contractante a dosarului achizitiei în legătură cu oferta declarată câştigătoare a licitaţiei, contestatorul a depus contestaţie prin care a reclamat faptul că terţul S.C. S.R.L. nu îndeplineşte criteriul de calificare privind experienţa similară.

Speţa a fost soluţionată prin Decizia nr. din 13.04.2022 în care Consiliul a dispus admiterea contestaţiei, solicitându-i Autorităţii în vederea clarificării speţei să se adreseze atât (beneficiarului final al lucrărilor invocate de terţul S.C. S.R.L. în susţinerea experienţei similare) cât şi ofertantului S.C. S.R.L. clasat pe primul loc.

Precizează contestatorul că în data de 04.05.2022, Autoritatea i-a solicitat să depună documentele suport DUAЕ până în data de 11.05.2022 după care, în data de 09.05.2022, a revenit solicitându-i să nu mai depună respectivele documente deoarece "au apărut elemente noi care trebuie analizate", urmând să le solicite după ce va stabili cine va fi declarat câştigător al licitaţiei.

La solicitarea autorităţii contractante nr. 43.549/27.04.2022, S.C. S.R.L. a răspuns în data de 02.05.2022 că terţul S.C. S.R.L. îndeplineşte criteriul privind experienţa similară însă acest lucru a fost infirmat de suma (69.950 lei reală în loc de 1.260.504 lei cât a fost declarată în licitaţie) din facturile pe care terţul S.C. S.R.L. le-a prezentat la solicitarea Autorităţii pentru a dovedi valoarea lucrărilor pe care le-a efectuat în contractul cu S.C. S.R.L..

La solicitarea autorităţii contractante nr. 43.550/27.04.2022, ... a răspuns în data de 03.05.2022 că nu are cunoştinţă despre nicio implicare a terţului S.C. S.R.L. în realizarea lucrărilor de la baza sportivă a universităţii timişorene aspect care a confirmat cele reclamate de contestator cu ocazia primei contestaţii.

Având în vedere prevederile art. 183, alin. (2) din Legea 98/2016, conform cărora, terţul poate să fie schimbat de autoritatea contractantă o singură dată dacă acesta nu îndeplineşte criteriile de calificare privind experienţa similară ["Dacă terţul/terţii nu îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)"], petentul consideră că înlocuirea terţului se poate face fără să se aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 numai în situaţia în care:

- toţi ofertanţii ale căror oferte au fost declarate admisibile beneficiază de susţinerea unui terţ (se află în situaţii similare) sau în situaţia în care:

- a fost declarată admisibilă o singură ofertă a unui ofertant care beneficiază de susţinerea unui terţ (situaţie în care înlocuirea terţului nu afectează alţi ofertanţi).

Contestatorul afirmă că în speţa de faţă nu ne situăm în niciunul dintre cele două situaţii descrise anterior, şi ca urmare consideră că înlocuirea terţului după etapa comunicării primului Raport al procedurii l-a favorizat net pe ofertantul declarat iniţial câştigător al licitaţiei, oferindu-i acestuia o

perioadă de timp nejustificat de mare pentru a-și putea găsi un nou terț susținător.

Se menționează de către contestator că Autoritatea a greșit de 3 ori, persistând în mod nejustificat în greșeala de a nu solicita înlocuirea terțului la momentul potrivit (din inițiativa Autorității și nu din inițiativa ofertantului clasat pe primul loc).

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a greșit prima dată în cursul evaluării ofertei S.C. ... S.R.L. când a verificat superficial oferta terțului S.C. S.R.L. ceea ce a condus la acceptarea terțului în condițiile în care acesta de fapt nu îndeplinea Criteriul de calificare privind experiența similară.

Dacă Autoritatea ar fi verificat cu rigurozitate oferta terțului, respectând prevederile art. 182, alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind 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”, contestatorul apreciază că ofertantul clasat pe primul loc și ulterior declarat câștigător al licitației, ar fi avut probleme cu găsirea unui nou terț într-un interval de timp scurt, nefiind exclusă posibilitatea ca nici să nu găsească unul în numai câteva zile.

Totodată, contestatorul susține că a greșit a doua oară atunci când după primirea contestației, deși era motivată de explicațiile expuse de acesta în legătură cu faptul că terțul S.C. S.R.L. nu respectă criteriile de calificare, nu a remediat situația în cele 3 zile menționate în art. 9, alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Se apreciază de către contestator că această pasivitate inexplicabilă a Autorității i-a facilitat din nou ofertantului declarat câștigător majorarea perioadei de găsire a unui nou terț cu încă 30 de zile, până la soluționarea contestației de către C.N.S.C.. la care s-au mai adăugat încă 14 zile până când, la solicitarea din inițiativa ofertantului clasat pe primul loc, Autoritatea a reușit în final să solicite și ea înlocuirea terțului.

Contestatorul arată că Autoritatea a greșit a treia oară atunci când după primirea răspunsului de la în data de 03.05.2022, deși a constatat că terțul susținător S.C. S.R.L. nu a îndeplinit criteriile de calificare privitoare la experiența similară, nu a solicitat din oficiu înlocuirea acestuia în aceeași dată de 03.05.2022, astfel cum era obligată de art. 182, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ci a solicitat înlocuirea terțului abia în data de 09.05.2022, ca urmare a solicitării din proprie inițiativă a ofertantului clasat pe primul loc.

Contestatorul susține că este important de reținut faptul că în perioada reevaluării ofertei, fără să i se fi transmis de către Autoritate vreo solicitare de clarificări, prin adresa nr. 31/05.05.2022 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 47.478/09.05.2022, ofertantul S.C. S.R.L. a solicitat, din proprie inițiativă înlocuirea terțului S.C. S.R.L. (subcontractant nedeclarat al S.C. S.R.L.) cu S.C. S.R.L. (antreprenor general al lucrărilor efectuate la).

Contestatorul solicită Consiliului să constate că ofertantul S.C. S.R.L. a sărit peste etapa impusa de art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a decis, din proprie inițiativă, înlocuirea terțului susținător, ori, la această

Înlocuire se poate recurge numai ca răspuns la solicitarea de clarificări privind depunerea documentelor în susținerea afirmației privind îndeplinirea cerințelor de calificare, răspuns care poate conține orice tip de documente.

Consideră petentul că Autoritatea s-a aflat în eroare atunci când a considerat că înlocuirea terțului este un drept pe care îl poate solicita ofertantul, și nu o obligație a autorității contractante.

Având în vedere că în cazul general prevăzut de Legea nr. 98/2016, terțul susținător poate fi înlocuit numai dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții:

(1) înlocuirea are loc la solicitarea expresă a Autorității contractante;

(2) în situația în care terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează într-unul dintre motivele de excludere și doar

(3) o singură dată,

contestatorul solicită Consiliului să constate că în speța de față terțul a fost înlocuit fără respectarea primei condiții de mai sus, fiind înlocuit la inițiativa ofertantului clasat pe primul loc, fără să fi avut loc vreo solicitare de clarificări care să fi avut ca obiect vreo cerință din partea Autorității de a înlocui terțul declarat inițial raportat la neîndeplinirea de către acesta a unor criterii privind capacitatea sau încadrarea acestuia într-unul din motivele de excludere.

În acest sens, petentul consideră că este edificatoare și Decizia C.N.S.C (în special paragraful de la începutul paginii nr. 55) postată la adresa de internet:

<http://portal.cnsr.ro/sivadoc/download.aspx?docUID=NzgyMTk2ZDgtYWE2OC00ZGJhLTIIYmMtZDQ1NjYwNjU0NzZi&pdfa1=ZmFsc2U=&filename=Qk8yMDIxXzMyNS5wZGY=&action=aW5saW5l>

Față de cele arătate mai sus, contestatorul opinează că înlocuirea terțului s-a făcut prin nerespectarea prevederilor art. 182, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv s-a făcut la solicitarea din proprie inițiativă a ofertantului clasat pe primul loc și nu la solicitarea expresă/directă a Autorității care nu a făcut altceva decât să se conformeze solicitării respectivului ofertant.

Mai mult, contestatorul semnalează faptul că în adresa nr. 31/05.05.2022, prin care a solicitat din proprie inițiativă înlocuirea terțului, ofertantul clasat pe primul loc a instruit în scris autoritatea contractantă cum să procedeze pentru a face să pară că aceasta ar fi inițiativa respectivei înlocuiri a terțului, ceea ce, în conformitate cu prevederile art. 215, alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137, alin. (3), lit. a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, conduc la concluzia că oferta S.C. S.R.L. este neconformă deoarece nu respectă prevederile art. 182, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar prin intervalul de timp excesiv de mare pe care Autoritatea i l-a acordat în mod abuziv ofertantului declarat inițial câștigător al licitației și apoi clasat pe primul loc ca să înlocuiască terțul, oferta este inadmisibilă deoarece a fost încălcat principiul tratamentului egal prevăzut de art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, contestatorul apreciază că solicitările sale de anulare a adresei nr. 54.202/25.05.2022 reprezentând Raportului procedurii, a adresei nr. 54.200/25.05.2022 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora și de reevaluare a ofertei SC SRL sunt pe deplin întemeiate.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr., ... formulează punct de vedere la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă susține că în urma finalizării activităților de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii, a fost elaborat Raportul procedurii și înregistrat la sediul autorității sub nr. 19242/22.02.2022. La aceeași dată, prin adresa nr. 19246/22.02.2022, contestatorului i-a fost comunicat rezultatul procedurii de atribuire, respectiv că oferta depusă de acesta a fost declarată necâștigătoare, fiind clasată pe locul al II - lea după aplicarea criteriului de atribuire - cel mai mic preț, oferta câștigătoare fiind cea depusă de SC SRL, al cărei preț ofertat este de 3.739.653,77 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii, S.C. S.R.L a formulat contestația nr. ... soluționată de CNSC prin Decizia nr., în sensul admiterii ei, cu consecința anulării raportului nr. 19242/22.02.2022 și a comunicărilor subsecvente, în partea care privește oferta S.C. S.R.L, precum și continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei S.C. S.R.L.

Continuând procedura, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii înregistrat sub nr. 54202/25.05.2022, elaborat în urma reevaluării ofertei depusă de S.C. S.R.L, în conformitate cu măsurile cuprinse în Decizia C.N.S.C nr. și prin care în conformitate cu prevederile legale a desemnat câștigătoare aceeași ofertă, respectiv oferta depusă de S.C. S.R.L.

Nemulțumit de acest nou rezultat, S.C. S.R.L în calitate de ofertant, împreună cu subcontractanții S.C. S.R.L., precum și terțul susținător S.C. S.R.L., a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față.

În urma comunicării Deciziei nr., autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei depusă de SC SRL, de către comisia de evaluare a ofertelor din cadrul autorității contractante.

Autoritatea contractantă susține că prin rezoluția dată primei contestații, membrii CNSC au admis observațiile contestatorului cu privire la documentele suport depuse pentru dovedirea experienței similare a terțului susținător S.C. S.R.L, punând astfel în discuție credibilitatea acestor documente și necesitatea efectuării unor cercetări suplimentare, respectiv solicitarea unor clarificări suplimentare adresate ofertantului S.C. S.R.L. cu privire la experiența similară a terțului susținător S.C. S.R.L. precum și solicitarea de clarificări beneficiarului la care se face referire în contractele depuse, respectiv

În acest sens, în ședința din data de 27.04.2022, comisia de evaluare a ofertelor a întocmit următoarele solicitări de clarificări:

1. Prin adresa nr. ... s-au solicitat clarificări ofertantului SC SRL cu privire la următoarele aspecte:

"În condițiile în care ați depus două procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor cu același număr de înregistrare și aceeași data respectiv nr. 2965/05.03.2020 și care se referă la lucrări pentru același obiectiv de investiție, dar care au fost executate și implicit recepționate în temeiul a două contracte diferite, iar conform procesului verbal încheiat între și S.C. S.R.L se menționează că operatorul economic S.C. S.R.L. a realizat în procent de 100% lucrările executate la obiectivul de investiție,

Vă solicităm să precizați și să demonstrați în ce calitate a executat lucrări operatorul economic S.C. S.R.L. la obiectivul de investiție "Continuare lucrări - Reabilitare cu extindere extindere Sala de Sport Facultatea de Ingineria" sau dacă operatorul economic a

avut calitatea de asociat/subcontractant/terț susținător în cadrul contractului nr. 5302/04.05.2018 încheiat între și executant S.C. S.R.L., a căror lucrări au fost recepționate de beneficiarul

În susținerea informațiilor solicitate vă solicităm să ne depuneți documente justificative."

2. Prin adresa nr. 43550/27.04.2022 s-au solicitat clarificări beneficiarului lucrărilor cu privire la următoarele aspecte:

"Având în vedere contractul de lucrări nr. 5302/04.05.2018 având ca obiect "Continuare lucrări - Reabilitare Sala de sport Facultatea de Inginerie, încheiat între ... în calitate de beneficiar și executantul SC S.R.L, prin prezenta, vă rugăm să ne comunicați informații cu privire la lucrările executate în baza acestui contract, ținând seama de următoarele împrejurări:

În cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de execuție lucrări pentru obiectivul de investiție "Reabilitare/reconversie/extindere /construire infrastructură educațională în, ..., în vederea modernizării și echipării infrastructurii educaționale pentru educație timpurie preșcolară", din, cod SMIS 125418 inițiată de, cu sediul în, Piața jud., având, reprezenta)ă legal prin primar, în calitate de autoritate contractantă, operatorul economic S C S.R.L în calitate de terțul susținător al ofertantului S.C S.R.L, a menționat în demonstrarea experienței similare în cuprinsul DUAЕ la partea IV-pct. C următoarele informații:

Contract nr. 28 din 20/09/2018 - Reabilitare Sala de sport din cadrul facultatii de inginerie - PV recepție la terminare lucrări nr. 2965 din 05/03/2020.

Valoare: 1260504

Moneda: RON

Data început: 20/09/2018

Data sfarsit: 05/03/2020

Beneficiari: SC SRL.

Printre documentele care demonstrează informațiile din DUAЕ transmise autorității contractante în cadrul procedurii de achiziție menționată anterior de către ofertantul S.C S.R.L se regăsesc două procese verbal de recepție la terminarea lucrărilor având același număr de înregistrare și aceeași dată, respectiv:

-Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 2965/05.03.2020 privind execuția lucrărilor de construcții aferente investiției "Continuare lucrări - Reabilitare cu extindere Sala de Sport Facultatea de Inginerie", lucrări executate în cadrul contractului nr. 5302/04.05.2018 și a actelor adiționale nr. 4504/15.04.2019 și nr. 5302/28.11.2019, încheiat între și executant SC SRL;

-Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 2965/05.03.2020 privind execuția lucrărilor de construcții aferente investiției "Reabilitare Sala de Sport în incinta Facultății de Inginerie (înlocuire Tâmplărie + Termosistem)" jud., lucrări executate în cadrul contractului încheiat între executant S.C S.R.L și investitor S.C S.R.L.

Având în vedere considerentele Deciziei nr. a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, vă solicităm să ne comunicați dacă operatorul economic S.C S.R.L a avut calitatea de executant/subcontractant/terț susținător în cadrul contractului nr. 5302/04.05.2018 având ca obiect de investiție "Continuare lucrări - Reabilitare cu extindere Sala de Sport Facultatea de Inginerie" încheiat între ... și executant S.C. S.R.L sau dacă S.C S.R.L a executat lucrări în cadrul acestui obiectiv de investiție.

Totodata, vă rugăm să ne comunicați, dacă este cazul, ce tipuri de lucrări au fost executate la acest obiectiv de către S.C S.R.L, procentul de execuție precum și valoarea lucrărilor executate."

În urma analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări, primite în data de 02.05.2022 - din partea ofertantului S.C S.R.L, respectiv în data de 03.05.2022 - din, comisia de evaluare a constatat următoarele:

Prin răspunsul beneficiarului lucrărilor executate în baza contractului nr. 5302/04.05.2018, încheiat între în calitate de beneficiar și executant SC SRL, la obiectivul de investiție - "Continuare lucrări - Reabilitare cu extindere Sala de Sport Facultatea de Inginerie", se atestă faptul că operatorul economic SC SRL nu a fost declarat de SC SRL ca executant/subcontractant/terț susținător în cadrul contractului nr. 5302/04.05.2018, iar procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 2965/05.03.2020, a fost semnat doar de membrii comisiei de recepție, alcătuită conform legislației în vigoare, și de reprezentantul legal al SC SRL.

Ținând seama de considerentele Deciziei nr. pronunțată în cauză de Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor, de la pag. 18, care statuează asupra faptului că existența celor două procese-verbale de recepție a lucrărilor având același număr de înregistrare și aceiași dată creează confuzie, iar documentele depuse pentru demonstrarea exeperienței similare trebuie să fie certe și capabile să dovedească executarea contractelor în deplină legalitate și nu să aducă în discuție o situație neconvențională având caracterul unei subcontractări nedeclarate.

În raport cu argumentele prezentate în cuprinsul deciziei la pag. 19, din procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 2965/05.03.2020 privind execuția lucrărilor de construcții aferente investiției "Continuare lucrări - Reabilitare cu extindere Sala de Sport Facultatea de Inginerie", executate în cadrul contractului nr. 5302/04.05.2018 și a actelor adiționale nr. 4504/15.04.2019 și nr. 5302/28.11.2019, încheiat între ... și executant SC S.R.L rezultă că SC SRL a executat 100% din lucrările aferente acestui contract, iar a recepționat în întregime obiectivul de la SC SRL și în consecință, conform acestui proces verbal, SC SRL a dobândit întreaga experiență similară (100%) pentru executarea întregului obiectiv din contractul nr. 5302/04.05.2018.

Față de cele menționate, comisia apreciază că, contractul nr. 28 din 20.09.2018, invocat pentru demonstrarea experienței similare, indicat în formularul DUAЕ al terțului S.C S.R.L nu poate fi luat în considerare pentru demonstrarea experienței similare.

Având în vedere că în fișa de date a achiziției, la pct. III. 1.3 .a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională s-a prevăzut în sarcina ofertanților obligația de a prezenta experiență similară în execuția de lucrări, respectiv, să facă dovada că au dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani calculați de la data limita de depunere a ofertelor, lucrări similare din punct de vedere al complexității și/sau utilității, în valoare cumulată de cel puțin 4.000.000 lei fără TVA la nivelul unuia sau a maxim 3 contracte.

Valoarea de 2.501.962 de lei, rezultată prin cumul aferentă celorlalte două contracte invocate pentru demonstrarea experienței similare, respectiv contractul nr. 3/28.02.2020 și contractul nr. 15/01.04.2019, excluzând valoarea declarată în DUAЕ pentru contractul nr. 28/20.09.2018, în cuantum de 1.260.504, se regăsește sub pragul de 4.000.000 lei, prevăzut de autoritatea contractantă.

Se reține că argumentele prezentate de S.C S.R.L prin răspunsul la solicitarea de clarificare nu pot fi primite de membrii comisiei de evaluare, iar valoarea cumulată a facturilor seria HD nr. 225/29.11.2018, nr. 240/20.12.2018 și nr. 310/31.07.2019, anexate răspunsului, este de 69.950 lei, valoare inferioară celei declarată în DUAЕ aferentă contractului nr. 28/20.09.2018.

La data de 05.05.2022, prin adresa nr. 31/05.05.2022, ofertantul S.C S.R.L aduce la cunoștința autorității contractante incidența prevederilor art. 183 din Legea nr. 98/2016 precum și faptul că înțelege să se

prevalenze de posibilitatea acordată de legiuitor de a schimba terțul susținător propus inițial S.C. S.R.L., indicând în acest sens pe S.C. S.R.L.

Ulterior, față de împrejurarea constatată în urma clarificărilor solicitate, respectiv aceea că terțul declarat nu îndeplinește criteriul privind capacitatea, prin adresa nr. 47721/09.05.2022, autoritatea contractantă a decis să aplice prevederile art. 183 din Legea 98/2016, solicitând ofertantului S.C. S.R.L. înlocuirea terțului susținător și transmiterea tuturor documentelor justificative pentru terțul propus S.C. S.R.L.

În urma verificării documentelor transmise de S.C. S.R.L., autoritatea contractantă a stabilit că acestea sunt conforme, astfel că în urma reevaluării ofertei și implicit în urma înlocuirii terțului susținător de către ofertant, nu a intervenit modificarea clasamentului inițial rezultat după aplicarea criteriului de atribuire. În consecință, oferta S.C. S.R.L. a fost desemnată câștigătoare pentru această procedură de atribuire.

Analizând argumentele invocate în cuprinsul contestației, autoritatea contractantă apreciază că demersul contestatorului este neîntemeiat, motivele invocate nefiind de natură a duce la anularea procedurii și implicit la o nouă reevaluare a ofertei S.C. S.R.L.

Contrar susținerilor petentului, Autoritatea învederează că procedura de reevaluare a ofertei depusă de S.C. S.R.L. s-a desfășurat cu respectarea principiilor care guvernează materia achizițiilor publice, în conformitate cu recomandările expuse în decizia C.N.S.C. nr. și nu reprezintă altceva decât transpunerea în practică și aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016.

1. Față de susținerea contestatorului că în contextul prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea 98/2016, *consideră că înlocuirea terțului se poate face fără să se aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit.b) din Legea nr. 98/2016 numai în situația în care:*

-toți ofertanții ale căror oferte au fost declarate admisibile beneficiază de susținerea unui terț (se află în situații similare) sau în situația în care:

-a fost declarată admisibilă o singură ofertă a unui ofertant care beneficiază de susținerea unui terț (situație în care înlocuirea terțului nu afectează alți ofertanți),

Autoritatea contractantă susține că acest argument reprezintă o simplă interpretare subiectivă și "pro causa" a prevederilor legale, nerezultând de nicăieri din textul legal sau din interpretarea gramaticală a acestuia, existența celor două condiții enumerate de contestator.

Dispozițiile art. 183 din Legea 98/2016 prevăd fără echivoc că autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b), această împrejurare fiind și încadrată astfel de drept cazurilor care nu aduc atingere principiului tratamentului egal, de către legiuitor, nefiind condiționată de anumite etape sau de îndeplinirea altor condiții sau formalități.

Astfel, solicitarea de înlocuire a terțului este recunoscută și îngăduită de lege fără a fi considerată o situație în care să se aducă atingere principiului prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Lege.

2. Față de susținerea contestatorului că *"înlocuirea terțului după etapa comunicării primului raport al procedurii l-a favorizat net pe ofertantul*

declarant inițial câștigător al licitației, oferindu-i acestuia o perioadă de timp nejustificat de mare pentru a-și putea găsi un nou terț susținător",

Precum și că, dacă autoritatea contractantă ar fi aplicat cu rigurozitate prevederile art. 183 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 pe parcursul evaluării ofertei sau cel puțin după primirea motivelor expuse în cuprinsul contestației inițiale, ar fi constatat că terțul declarat inițial nu îndeplinește criteriul privind experiența similară, iar astfel, cu siguranță ofertantul declarat câștigător ar fi avut probleme cu găsirea unui nou terț într-un interval de timp scurt, neexcluzând nici posibilitatea de a nu găsi unul în numai câteva zile,

Plecând de la faptul că legiuitorul nu a prevăzut un termen în care ofertantul să își înlocuiască terțul susținător și atâta timp cât legea achizițiilor publice prevede la general posibilitatea ofertanților de a-și înlocui terții declarați în susținere, oricând pe parcursul evaluării ofertei, considerăm că nu poate fi pusă în discuție favorizarea vreunui ofertant aflat în această situație, nici în ceea ce privește momentul înlocuirii și nici în ceea ce privește intervalul de timp în care se realizează,

Autoritatea contractantă opinează că argumentele invocate de contestator se bazează pe simple speculații cu privire la o incapacitate a ofertantului declarat câștigător de a-și înlocui terțul, or așa cum se poate constata, ofertantul S.C. S.R.L. a propus înlocuirea terțului declarat inițial (S.C. S.R.L.) tocmai cu operatorul economic (SC SRL) care a executat în realitate lucrările la obiectivul - Reabilitare Sala de sport din cadrul facultății de inginerie, declarat inițial ca beneficiar în cuprinsul DUAЕ al terțului S.C. S.R.L.

Pe de altă parte, dacă este să ne raportăm la un anumit termen, Autoritatea apreciază că este important de menționat că însuși legislația în materie impune ca termenele limită acordate pentru clarificarea unor aspecte sau completarea unor oferte să fie stabilite în funcție de volumul și complexitatea cerințelor, tocmai pentru ca operatorii economici să beneficieze de o perioadă rezonabilă de timp în vederea conformării solicitărilor (art. 134 alin. (3) din H.G nr. 395/2016).

Or, în speța de față, autoritatea contractantă și implicit operatorul economic nu au fost ținuti de un anumit termen sau de o anumită etapă, operațiunea de înlocuire a terțului putând opera în orice fază a evaluării, fiind obligatoriu pentru autoritatea contractantă să pună în aplicare prevederile art. 183 alin. (2).

3. Se reține că contestatorul critică în esență faptul că autoritatea contractantă nu a procedat din propria inițiativă la a-i solicita ofertantului S.C. S.R.L înlocuirea terțului susținător ci acest fapt s-a produs abia după primirea adresei nr. 31/05.05.2022 din partea ofertantului S.C. S.R.L.

Consideră autoritatea contractantă că acest aspect este lipsit de relevanță din perspectiva consecințelor produse, atâta timp cât Autoritatea, prin adresa nr. 47721/09.05.2022, a dat curs obligației prevăzută la art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar ofertantul a beneficiat de prevederile legale, scopul legii fiind realizat întocmai.

În egală măsură, Autoritatea afirmă că solicitarea petentului de a se constata că, în considerarea argumentelor expuse în Decizia CNSC invocată la pag. 5 din contestație referitor la necesitatea împlinirii celor trei condiții cumulative pentru a putea fi înlocuit terțul susținător, nu a fost îndeplinită prima condiție, respectiv solicitarea expresă a autorității contractante este eronată.

Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă susține că această critică nu poate fi primită nici în considerarea efectelor pe care le-ar putea produce o eventuală anulare a raportului procedurii cu consecința reevaluării ofertei S.C. S.R.L, care ar presupune reluarea procedurii de înlocuire a terțului, în aceleași condiții și cu același rezultat.

Față de aceste considerente, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că reevaluarea ofertei depusă de operatorul economic SC SRL s-a realizat în mod temeinic și legal, iar pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de ofertantul SC SRL.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr., SC SRL depune Concluzii scrise învederând următoarele:

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu i-a comunicat Punctul de vedere asupra contestației pe care i-a transmis-o în data de 02.06.2022, încălcând astfel prevederile art. 18, alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere considerentul nr. 45 din Hotărârea C.J.U.E. pronunțată în cauza C-213/2017: *„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (...), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (...), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (...)”*, petentul consideră că înlocuirea terțului susținător se poate face fără să se aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 (R) fie în situația în care toți ofertanții ale căror oferte au fost declarate admisibile beneficiază de sprijinul a câte unui terț susținător [adică toți ofertanții se află în situații similare, sunt pe poziții de egalitate și beneficiază de aceleași facilități ale Legii nr. 98/2016 (R)], fie în situația în care a fost declarată admisibilă o singură ofertă a unui ofertant care beneficiază de susținerea unui terț (înlocuirea terțului este decisă de singurul ofertant admis fără să poată afecta pe cineva).

În speța de față, deoarece nu toți ofertanții admiși beneficiază de susținerea unui terț, contestatorul susține că este logic că nu toți au șansa de a beneficia de facilitatea de înlocuire a terțului susținător, aspect care conduce la ideea că înlocuirea respectivului terț s-a făcut cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 (R).

Contestatorul solicită Consiliului să constate că fără ca Autoritatea să-i fi adresat o solicitare de clarificări care sa fi avut ca obiect vreo cerință de a înlocui terțul susținător declarat inițial raportat la neîndeplinirea de către acesta a unor criterii privind capacitatea sau încadrarea într-unul dintre motivele de excludere, prin adresa nr. 31/05.05.2022 ofertantul S.R.L. a solicitat din proprie inițiativă, să înlocuiască terțul susținător S.R.L. cu un altul în persoana S.R.L. sărind peste etapa impusă de art. 183, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (R).

Având în vedere că ofertantul a solicitat înlocuirea terțului susținător în data de 05.05.2022, cu 4 zile înainte ca Autoritatea să-i fi solicitat acest lucru în baza art. 183, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (R), este evident pentru contestator că respectiva solicitare a ofertantului constituie o modificare a

ofertei sale inițiale, ceea ce, conform art. 215, alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (R), trebuie să aibă ca efect declararea ofertei ca fiind inacceptabilă.

Se arată că nu aceeași ar fi fost situația în cazul în care ofertantul ar fi solicitat înlocuirea terțului susținător după primirea unei solicitări de clarificări din partea autorității contractante.

Contestatorul face mențiunea că ofertantul a avut această ocazie în data de 02.05.2022 când a răspuns la solicitarea Autorității nr. 43.549/27.04.2022, însă atunci a menționat că terțul susținător S.R.L. îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară și ca urmare nu a solicitat înlocuirea lui.

Prin urmare, contestatorul remarcă faptul că înlocuirea terțului susținător la inițiativa ofertantului nu s-a făcut legal deoarece, modul în care acesta din urmă a procedat, excede prevederilor art. 183, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (R) care stabilește obligația Autorității de a solicita ofertantului să înlocuiască terțul susținător, dacă acesta din urmă nu îndeplinește criteriul privind experiența similară sau se află într-una dintre situațiile de excludere.

Este evident pentru contestator că prin precizarea pe care a făcut-o în pagina a 17-a din Raportul procedurii: "Având în vedere adresa nr. 31/05.05.2022 transmisă de operatorul economic S.C. S.R.L. (...) comisia de evaluare a solicitat operatorului economic înlocuirea terțului susținător (...)", Autoritatea a recunoscut implicit că i-a solicitat ofertantului să înlocuiască terțul susținător ca urmare a cererii pe care ofertantul i-a adresat-o prin adresa nr. 31/05.05.2022.

Având în vedere că toată corespondența dintre Autoritate și operatorii economici înainte și după depunerea ofertelor se realizează numai prin intermediul SEAP, contestatorul se întreabă cum a reușit ofertantul să transmită adresa nr. 31/05.05.2022 prin intermediul SEAP atât timp cât, după data de 02.05.2022 și până în data de 09.05.2022, Autoritatea nu i-a adresat ofertantului la Secțiunea "Întrebări" din SEAP niciun fel de întrebare, nici în legătură cu terțul susținător și nici în legătură cu altceva legat de respectiva procedură.

Consideră petentul că după ce i-a solicitat documentele suport DUAE în data de 04.05.2022, Autoritatea trebuia să le analizeze și în cazul în care erau conforme, trebuia să-l declare câștigător al licitației și să comunice noul Raport al procedurii, nu să-i ceară în data de 09.05.2022 să nu mai încarce respectivele documente în SEAP.

Se apreciază de către petent că, dacă Autoritatea ar fi procedat corect, ... S.R.L. ar fi avut posibilitatea legală de a contesta respectivul nou Raport al procedurii, însă Autoritatea a ales să ocolească prevederile Legii nr. 98/2016 (R) și să-l declare din nou câștigător pe același ofertant, în baza unei solicitări a acestuia dintr-o adresă pe care a Autoritatea a primit-o în afara SEAP.

Ori, în speța de față prima condiție nu este îndeplinită, terțul susținător fiind înlocuit la inițiativa ofertantului și nu la inițiativa autorității contractante.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Cluj în Hotărârea nr. 1211/2020 că: *"Pentru a putea opera o înlocuire a unui terț susținător în baza art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 trebuie îndeplinite cumulativ anumite condiții. [...]"*.

În concluzie, având în vedere că înlocuirea terțului susținător s-a făcut cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2, alin. (2), lit.

b) din Legea nr. 98/2016 (R) și că prin solicitarea ofertantului de a înlocui terțul susținător din proprie inițiativă, fără ca Autoritatea să-i fi adresat înainte o solicitare de clarificări care să fi avut ca obiect vreo cerință din partea Autorității de a înlocui terțul declarat inițial raportat la neîndeplinirea de către acesta a unor criterii privind capacitatea sau încadrarea într-unul dintre motivele de excludere, contestatorul opinează că ofertantul și-a modificat oferta pe care a depus-o inițial, astfel că oferta S.C. S.R.L. este inacceptabilă [art. 215, alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (R)].

Având în vedere cele expuse mai sus, contrar opiniei autorității contractante, contestatorul apreciază contestația ca fiind întemeiată, motiv pentru care solicită Consiliului să o admită.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC SRL formulează Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, precizând următoarele:

Contestatorul arată că respectivul Punct de vedere al autorității contractante l-a primit prin e-mail abia marți 21.06.2022, orele 11:18:24, deși contestația i-a transmis-o Autorității în data de 02.06.2022.

Consideră petentul că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 18, alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și a dezinformat C.N.S.C. atunci când, în conformitate cu art. 18, alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în data de 15.06.2022, Autoritatea i-a transmis copia dosarului achiziției publice și dovada înaintării punctului de vedere către acesta.

Contestatorul solicită ca Autoritatea să facă în fața Consiliului dovada comunicării Punctului de vedere către acesta, indicând modalitatea și data la care i-ar fi comunicat la termenul stabilit de Legea nr. 101/2016 respectivul Punct de vedere.

Se menționează de către contestator că simpla întocmire a adresei nr. 58.596/08.06.2022 reprezentând Punctul de vedere al autorității contractante fără ca aceasta să fie și comunicată prin e-mail, fax, poștă, etc., nu reprezintă o dovadă a comunicării ei.

Contestatorul învederează Consiliului că, în graba de a "remedia" necomunicarea Punctului de vedere către acesta, Autoritatea i-a transmis, miercuri, 21.06.2022, respectivul document din care lipsește pag. nr. 8 și pct. nr. 2 din Cap. III...

1. Referitor la prima critică, adusă contestației de către autoritatea contractantă, cu privire la posibilitatea înlocuirii terțului susținător, în orice condiții, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 (R), contestatorul se raportează la considerentul nr. 45 din Hotărârea C.J.U.E. pronunțată în cauza C- 213/2017: *„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (...), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (...), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (...).”*

Față de această precizare a C.J.U.E., contestatorul apreciază că înlocuirea terțului susținător se poate face fără să se aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr.

98/2016 (R) fie în situația în care toți ofertanții ale căror oferte au fost declarate admisibile beneficiază de sprijinul a câte unui terț susținător [adică toți ofertanții se află în situații similare, sunt pe poziții de egalitate și beneficiază de aceleași facilități ale Legii nr. 98/2016 (R)], fie în situația în care a fost declarată admisibilă o singură ofertă a unui ofertant care beneficiază de susținerea unui terț (înlocuirea terțului este decisă de singurul ofertant admis fără să poată afecta pe cineva).

În speța de față, deoarece nu toți ofertanții admiși beneficiază de susținerea unui terț, contestatorul este de părere că nu toți au șansa de a beneficia de facilitatea de înlocuire a terțului susținător, aspect care conduce la ideea că înlocuirea respectivului terț s-a făcut cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 (R).

2. Contestatorul afirmă că nu are cunoștință despre ce conține a doua critică adusă contestației de către autoritatea contractantă deoarece aceasta nu a menționat-o și nici nu a numerotat-o în cadrul Punctului de vedere.

3. Referitor la a treia critică adusă contestației de către autoritatea contractantă, contestatorul solicită Consiliului să constate că fără ca Autoritatea să-i fi adresat o solicitare de clarificări care să fi avut ca obiect vreo cerință de a înlocui terțul susținător declarat inițial raportat la neîndeplinirea de către acesta a unor criterii privind capacitatea sau încadrarea într-unul dintre motivele de excludere, prin adresa nr. 31/05.05.2022 ofertantul SRL a solicitat din proprie inițiativă să înlocuiască terțul susținător S.R.L. cu un altul în persoana S.R.L. sărind peste etapa impusă de art. 183, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (R).

Având în vedere că ofertantul a solicitat înlocuirea terțului susținător în data de 05.05.2022, cu 4 zile înainte ca autoritatea contractantă să-i fi solicitat acest lucru în baza art. 183, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (R), este evident pentru contestator că respectiva solicitare a ofertantului constituie o modificare a ofertei sale inițiale, ceea ce, conform art. 215, alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (R), trebuie să aibă ca efect declararea ofertei ca fiind inacceptabilă.

Contestatorul susține că situația nu ar fi fost aceeași în cazul în care ofertantul ar fi solicitat înlocuirea terțului susținător după primirea unei solicitări de clarificări din partea Autorității.

Se arată că ofertantul a avut această ocazie în data de 02.05.2022 când a răspuns la solicitarea Autorității nr. 43.549/27.04.2022, însă atunci a menționat că terțul susținător S.R.L. îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară și ca urmare nu a solicitat înlocuirea lui.

Prin urmare, înlocuirea terțului susținător la inițiativa ofertantului nu s-a făcut legal deoarece, modul în care acesta din urmă a procedat, excede prevederilor art. 183, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (R) care stabilește obligația Autorității de a solicita ofertantului să înlocuiască terțul susținător, dacă acesta din urmă nu îndeplinește criteriul privind experiența similară sau se află într-una dintre situațiile de excludere. Este evident în opinia contestatorului că, prin precizarea pe care a făcut-o în pagina a 17-a din Raportul procedurii: "Având în vedere adresa nr. 31/05.05.2022 transmisă de operatorul economic S.C. S.R.L. (...) comisia de evaluare a solicitat operatorului economic înlocuirea terțului susținător (...)", Autoritatea a recunoscut implicit că i-a solicitat ofertantului să înlocuiască terțul susținător

ca urmare a cererii pe care ofertantul i-a adresat-o prin adresa nr. 31/05.05.2022.

Având în vedere că toată corespondența dintre Autoritate și operatorii economici înainte și după depunerea ofertelor se realizează numai prin intermediul SEAP, contestatorul se întreabă cum a reușit ofertantul să transmită adresa nr. 31/05.05.2022 prin intermediul SEAP atât timp cât, după data de 02.05.2022 și până în data de 09.05.2022, Autoritatea nu i-a adresat ofertantului la Secțiunea "Întrebări" din SEAP niciun fel de întrebare, nici în legătură cu terțul susținător și nici în legătură cu altceva legat de respectiva procedură.

Consideră petentul că după ce Autoritatea i-a solicitat documentele suport DUAE în data de 04.05.2022, aceasta trebuia să le analizeze și în cazul în care erau conforme, trebuia să-l declare câștigător al licitației și să comunice noul Raport al procedurii, nu să-i ceară în data de 09.05.2022 să nu mai încarce respectivele documente în SEAP .

Dacă Autoritatea ar fi procedat corect, contestatorul opinează că S.R.L. ar fi avut posibilitatea legală de a contesta respectivul nou Raport al procedurii, însă aceasta a ales să ocolească prevederile Legii nr. 98/2026 (R) și să-l declare din nou câștigător pe același ofertant, în baza unei solicitări a acestuia dintr-o adresă pe care a Autoritatea a primit-o în afara SEAP.

În ceea ce privește înlocuirea terțului susținător, este edificatoare Decizia C.N.S.C postata la adresa de internet:

<http://portal.cnsr.ro/sivadoc/download.aspx?%20docUID=%20NzgyMTk2ZDgtYWE20C00ZGJhLTllYmMtZDQ1NjYwNjU0NzZi&pdfa1=ZmFsc2U=&file name=Qk8yMDIxXzMyNS5wZGY=&action=aW5saW5l> în care, la pag. nr. 55, C.N.S.C. a precizat că *"ofertantul nu poate solicita înlocuirea terțului susținător în orice condiții"* și că *"terțul susținător poate fi înlocuit doar dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții: (1) înlocuirea are loc la solicitarea expresă a autorității contractante, (2) în situația în care terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează într-unul dintre motivele de excludere și doar (3) o singură dată"*.

Ori, contestatorul remarcă faptul că în speța de față prima condiție nu este îndeplinită, terțul susținător fiind înlocuit la inițiativa ofertantului și nu la inițiativa Autorității și chiar mai mult, ofertantul a solicitat înlocuirea terțului susținător înainte ca Autoritatea să-i fi solicitat vreo solicitare de clarificări în acest sens, aspect care conduce la idea că ofertantul și-a modificat oferta inițială atunci când din proprie inițiativă a solicitat înlocuirea terțului susținător S.R.L. cu un altul în persoana S.R.L.

Contestatorul punctează că în același sens (pag. nr. 36 din aceeași Decizie a C.N.S.C.) s-a pronunțat și Curtea de Apel Cluj în Hotărârea nr. 1211/2020 în sensul că: "Pentru a putea opera o înlocuire a unui terț susținător în baza art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 trebuie îndeplinite cumulativ anumite condiții. [...]".

Consideră petentul că autoritatea contractantă s-a aflat în eroare atunci când a considerat că înlocuirea terțului susținător din propria inițiativă a ofertantului ar fi un *"aspect lipsit de relevanță"* dar și când a considerat că *"o eventuală anulare a raportului procedurii cu consecința reevaluării ofertei S. C. S.R.L. ar presupune reluarea procedurii de înlocuire a terțului, în aceleași condiții și cu același rezultat"*.

Se consideră că Autoritatea s-a grăbit când a făcut aceste afirmații deoarece, în primul rând înlocuirea terțului nu ar mai avea loc în aceleași condiții (de data aceasta Autoritatea ar solicita în mod legal înlocuirea terțului susținător) iar în al doilea rând, dacă Autoritatea ar fi studiat cu temeinicie prevederile art. 183, alin. (2) din Legea nr. 101/2016 (R) și-ar fi data seama că rezultatul va fi altul, deoarece (în mod nelegal sau legal) Autoritatea are dreptul să solicite o singură dată înlocuirea terțului susținător, or, printr-o nouă reevaluare a ofertei, ar urma ca Autoritatea să solicite (în mod legal de data aceasta) pentru ... a doua oară înlocuirea terțului susținător.

În concluzie, având în vedere că înlocuirea terțului susținător s-a făcut cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 (R) și că prin solicitarea ofertantului de a înlocui terțul susținător din proprie inițiativă, fără ca Autoritatea să-i fi adresat înainte o solicitare de clarificări care să fi avut ca obiect vreo cerință din partea Autorității de a înlocui terțul declarat inițial raportat la neîndeplinirea de către acesta a unor criterii privind capacitatea sau încadrarea într-unul dintre motivele de excludere, contestatorul apreciază că ofertantul și-a modificat oferta pe care a depus-o inițial, astfel că oferta SC SRL este inacceptabilă [art. 215, alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (R)].

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de ... – Sucursala, în valoare de RON, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de execuție pentru obiectivul de investiție Proiectul cod SMIS 125418 privind «Reabilitare/reconversie/extindere construire infrastructură educațională în, ..., în vederea modernizării și echipării infrastructurii educaționale pentru educație timpurie preșcolară» din, județul, cod CPV 45453000-7. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În raportul procedurii nr. 19242/22.02.2022 s-a consemnat depunerea a 5 oferte, respingerea unei oferte, admisibilitatea celorlalte 4 oferte, printre care și a contestatorului, aceasta fiind clasată pe locul 2, cu o propunere financiară de 3.844.079,54 lei fără TVA, precum și desemnarea ofertei depuse de SC SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 3.739.653,77 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, SC SRL a formulat contestația care a făcut obiectul dosarului nr. ..., soluționat prin Decizia nr., în care Consiliul a dispus:

„În temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016 admite contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu

Dispune anularea raportului procedurii nr. 19242/22.02.2022 și a comunicărilor subsecvente acestuia, în partea care privește oferta SC SRL.

Dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SC SRL potrivit motivării, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de SC SRL.”

În Raportul procedurii nr. 54202/25.05.2022, întocmit în urma deciziei CNSC nr., s-a consemnat depunerea a 5 oferte, respingerea unei oferte, admisibilitatea celorlalte 4 oferte, printre care și a contestatorului, aceasta fiind clasată pe locul 2, cu o propunere financiară de 3.844.079,54 lei fără TVA, precum și desemnarea ofertei depuse de SC SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 3.739.653,77 lei fără TVA.

Împotriva Raportului procedurii nr. 54.202/25.05.2022 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 54.200/25.05.2022, SC SRL a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr.

Pe fondul contestației formulate de SC SRL, Consiliul reține:

Contestatorul sustine ca decizia autoritatii contractante de a declara admisibila (si ulterior castigatoare) oferta depusa de operatorul economic SC SRL este nelegala, argumentand in sensul in care acesta a fost avantajat, permitandu-i-se sa schimbe tertul sustinator declarat in afara conditiilor legale.

Consiliul constata ca, in aplicarea dispozitiilor din decizia CNSC nr., autoritatea contractanta a procedat la reevaluarea ofertei depuse de SC SRL, potrivit motivarii respectivei decizii, a constatat ca tertul sustinator S.C S.R.L nu indeplineste criteriul privind capacitatea tehnica și/sau profesională si, in consecinta, a procedat potrivit prevederilor imperative ale art. 183 alin (2) din Legea nr. 98/2016, solicitand ofertantului inlocuirea tertului sustinator:

„Art. 183. - (1) Autoritatea contractantă verifică dacă tertul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind 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.

(2) Dacă tertul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască tertul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).”

Contrar sustinerilor contestatorului, Consiliul apreciaza ca autoritatea contractanta a procedat conform legii, fara favorizarea sau defavorizarea vreunui participant la procedura si in conformitate cu dispozitiile din decizia CNSC nr. ramasa definitiva prin nedepunerea vreunei plangeri impotriva acesteia.

Astfel, conform documentelor aflate la dosarul cauzei, în aplicarea deciziei CNSC nr., ... a solicitat clarificări ofertantului SC SRL prin adresa nr. 43549/27.04.2022 și beneficiarului prin adresa nr. 43550/27.04.2022, iar, din răspunsurile primite, comisia de evaluare a apreciat în mod corect că, contractul nr. 28 din 20.09.2018, invocat pentru demonstrarea experienței similare, indicat în formularul DUAЕ al terțului S.C. S.R.L nu poate fi luat în considerare pentru demonstrarea experienței similare.

Ulterior, prin adresa nr. 47721/09.05.2022, autoritatea contractantă a aplicat prevederile art. 183 din Legea 98/2016, solicitând ofertantului S.C. S.R.L. înlocuirea terțului susținător și transmiterea tuturor documentelor justificative pentru noul terț propus S.C. S.R.L.

Nu are absolut nicio relevanță faptul că, anterior, în data de 05.05.2022, ofertantul SC SRL a transmis autorității contractante o adresă prin care menționa faptul că este o situație în care sunt aplicabile prevederile art. 183 din Legea 98/2016 și indica numele noului terț susținător cu care urmează să îl înlocuiască pe cel care nu a îndeplinit criteriile.

Cu sau fără această adresă, care nu conține niciun aspect de nelegalitate, autoritatea contractantă era obligată potrivit prevederilor imperative ale art. 183 alin (2) din Legea nr. 98/2016 să solicite, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul susținător.

Prevederile art. 183 alin (2) din Legea nr. 98/2016 sunt imperative în sensul în care definesc o obligație a autorității contractante și nu o opțiune („solicită” nu „poate solicita”), fiind precizat și aspectul că această modificare a ofertei nu aduce atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Lege.

În acest sens, este complet eronată interpretarea sugerată de contestator potrivit căreia, citam:

„Înlocuirea terțului se poate face fără să se aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 numai în situația în care:

-toți ofertanții ale căror oferte au fost declarate admisibile beneficiază de susținerea unui terț (se află în situații similare) sau în situația în care:

-a fost declarată admisibilă o singură ofertă a unui ofertant care beneficiază de susținerea unui terț (situație în care înlocuirea terțului nu afectează alți ofertanți)”.

Este evident că această interpretare nu are nicio legătură cu prevederile legale, susținerile contestatorului fiind vadit neîntemeiate.

Nu este reală nici susținerea contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal, acordându-i prea mult timp ofertantului SC SRL pentru schimbarea terțului susținător, contestatorul invocând în mod eronat perioada de timp în care a fost soluționată prima contestație la CNSC și termenul până când decizia CNSC a rămas definitivă (perioade în care autoritatea nu avea cum să ia o inițiativă în sensul aplicării prevederilor art. 183 din Legea 98/2016).

Concluzionând, Consiliul constată că autoritatea contractantă a procedat corect, potrivit prevederilor legale și cu respectarea deciziei CNSC nr., la aplicarea prevederilor art. 183 alin (2) din Legea nr. 98/2016 în cazul ofertantului SC SRL fără încălcarea principiului tratamentului egal.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.