CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... - Director general, formulată împotriva rezultatului consemnat în raportul procedurii nr. 4165/10.04....., aferent lotului 1 – Pachete tablă ondulată, emis de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de furnizare având ca obiect ”.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... - Președinte al Consiliului de Administrație, a înaintat o cerere de intervenție voluntară, solicitând Consiliului, în principiu, admiterea ei, iar pe fond, respingerea contestației formulate de SC ..... SA, ca fiind nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SA atacă raportul procedurii nr. 4165/10.04....., aferent lotului 1 – Pachete tablă ondulată, emis de SC ..... SA, entitate contractantă în procedura de atribuire arătată, potrivit căruia oferta sa a fost declarată admisibilă, clasându-se pe locul al III – lea.

Pe de o parte, contestatoarea reclamă încălcarea, de către SC ..... SA (ofertantul declarat câștigător) a prevederilor fișei de date a achiziției, de la pct. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, potrivit cărora ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 73, art. 177, art. 178, art. 180 din Legea nr. 99/2016. Astfel, atât pentru participanții la procedură, cât și pentru subcontractanți este instituită obligația depunerii DUAE, din care să rezulte îndeplinirea condițiilor minime de participare.

Analizând înscrisurile publicate de entitatea contractantă pe parcursul derulării procedurii de atribuire (respectiv, Declarație cu privire la datele de identificare ale ofertanților, Proces-verbal de consemnare a ofertelor), contestatoarea menționează că, din niciunul dintre acestea, nu rezultă că SC ..... SA a participat, la procedură, cu subcontractant.

Or, în raport de depozițiile art. 1769 alin. (2) din Codul civil, potrivit cărora e*xistă subcontractare ori de câte ori produsul sau serviciul care face obiectul contractului de furnizare este în fapt furnizat, în tot sau în parte, de către un terț cu care furnizorul a subcontractat în acest scop* și de informațiile din formularul *Tabele detalii producător,* contestatoarea arată că o parte din contract este executată de un alt operator economic care, potrivit dispozițiilor legale citate are calitatea de *subcontractant*.

De asemenea, contestatoarea precizează că, potrivit Notificării Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 256 din 08.12.2016, cu privire la fișa de date a achiziției, nedepunerea, odată cu oferta, a DUAE, a angajamentului ferm al terțului susținător, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, sau, după caz, a acordului de subcontractare şi/sau a acordului de asociere, atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.

Având în vedere argumentele expuse și evidența raportului juridic de subcontractare existent între cei doi operatori economici, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestuia, urmând a proceda la reevaluarea ofertei depuse cu respectarea dispozițiilor legale indicate mai sus.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că cerința stabilită la pct. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, nu poate fi interpretată decât în sensul experienței în realizarea de produse identice sau superioare, neputând fi definită o echivalență cu acestea cu referire la produse emailate obișnuite (componente electrocasnice, vase emailate etc.). O astfel de interpretare ar deturna sensul criteriului de atribuire ales de entitatea contractantă,

respectiv prețul cel mai scăzut, acesta neavând viabilitate decât în contextul asigurării participării la procedura de atribuire doar a operatorilor economici care dețin atât tehnologia de fabricație, cât și experiența necesară furnizării produselor cu respectarea cerințelor tehnice minime de la nivelul caietului de sarcini.

Având în vedere că piața de profil la nivel național este limitată numeric, contestatoarea precizează că este de notorietate că operatorii economici clasați pe locul I și II, în urma evaluării ofertelor depuse pentru lotul 1 – *Pachete tablă ondulată*, nu au executat contracte similare ca și complexitate în ceea ce privește zona rece, *faguri cu încărcătură emailată*.

În aceste condiții, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestuia, urmând a proceda la reevaluarea ofertelor depuse cu analiza temeinică a declarației cu privire la îndeplinirea cerinței de experiență similară, ținând cont de principiul tratamentului egal și al asumării răspunderii.

În continuare, contestatoarea reclamă faptul că, deși, în data de 04.04....., a solicitat clarificări participanților la procedură, entitatea contractantă a omis menționarea lor și a răspunsurilor aferente în raportul procedurii de atribuire, ultimul act la care face referire fiind din data de 30.03.....

De asemenea, contestatoarea reclamă existența unor inadvertențe în succesiunea acțiunilor comisiei de evaluare. Astfel, comunicarea privind rezultatul fazei de evaluare financiară și solicitarea documentelor de calificare, adresată ofertantului clasat pe locul I, în data de 28.03....., este urmată, în data de 30.03....., de solicitarea de clarificări privind fundamentarea economică a prețului acestui ofertant.

Totodată, contestatoarea arată că, raportându-se la specificațiile tehnice ale produselor ce urmează a fi achiziționate, potrivit art. 4.4. *Condiții tehnice de execuție tablă ondulată zona rece,* din caietul de sarcini, din documentația tehnică elaborată de proiectantul ICPET - GA SA București, pentru pachete de tablă ondulată zona rece (emailate) – R4/12-F713-350, tablele de încărcătură trebuie să fie emailate, iar stratul de email rezistent la coroziune și eroziune. În acest sens, contestatoarea susține că ofertantul declarat câștigător al lotului 1 – *Pachete tablă ondulată*, nu a executat astfel de produse - tablă ondulată acoperită cu email anticoroziv - şi nici subcontractantul acestuia.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că, în fundamentarea propunerii financiare, ofertantul declarat câștigător a inclus, în valoarea materialelor, email pentru acoperire produse de uz casnic, prețul acestuia fiind sensibil mai mic. În plus, produsul finit (pachete zona rece) nu va putea respecta condițiile tehnice impuse de ICPET - GA SA București.

Concluzionând, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestuia și la reevaluarea ofertelor depuse, cu

luarea în considerare a argumentelor expuse și cu respectarea propriilor cerințe de calificare și de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SA a înaintat o cerere de intervenție voluntară, solicitând Consiliului, în principiu, admiterea ei, iar pe fond, respingerea contestației formulate de SC ..... SA, ca fiind nefondată.

Văzând criticile contestatoarei cu privire la oferta sa, intervenienta arată, pe de o parte, că societatea sa nu subcontractează niciun produs dintre cele ofertate către terțe persoane, singura responsabilă de îndeplinirea acestui contract în fața entității contractante fiind SC ..... SA.

Pentru anumite servicii conexe, intervenienta precizează că folosește diverși colaboratori, dar care nu au calitate de subcontractanți deoarece aceștia nu furnizează, nici măcar in parte, produse către entitatea contractantă.

Or, în accepțiunea contestatoarei, și un transportator (care prestează un serviciu în cadrul contractului de furnizare) sau furnizorul materiilor prime (care livrează materialul necesar execuției produselor) ar trebui declarați ca subcontractanți.

În opinia intervenientei, această interpretare nu este corectă, având în vedere diferența de responsabilitate dintre un prestator și un subcontractant în realizarea contractului, precum și natura contractului, care este un contract de furnizare și nu un contract de prestare servicii.

În continuare, intervenienta susține că autoarea contestației interpretează eronat prevederile legale privitoare la produse similare și face presupuneri cu privire la calitatea produselor sale.

Potrivit principiului actor incumbit probatio, prevăzut și de art. 249 din Codul de procedură civilă, sarcina probei revine aceluia care reclamă, intervenienta precizând că, în speță, contestatoarea nu a adus nicio probă în sprijinul afirmațiilor sale, mai ales în condițiile în care SC ..... SA a probat cu documente relevante îndeplinirea cerințelor privind experiența similară și îndeplinirea cerințelor de calitate impuse în caietul de sarcini.

Cu privire la neconcordanțele sesizate de contestatoare, intervenienta consideră că acestea puteau fi invocate exclusiv de societatea sa, deoarece după primirea solicitării de a depune documentele suport pentru DUAE, entitatea contractanta a decis reevaluarea ofertei sale, transmițându-i alte solicitări de clarificări, la care a răspuns în mod edificator.

În consecință, intervenienta solicită admiterea cererii sale și respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 2552/....., înregistrată la CNSC sub nr. 15671/26.04....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Astfel, entitatea contractantă arată, pe de o parte, că SC ..... SA nu a participat la procedura pentru lotul 1 – Pachete tablă ondulată, cu subcontractant, ci a menționat, în cadrul propunerii tehnice, că emailarea tablelor (punctul 4.3.) se va efectua de SC .... SA conform ”tabel detalii producător”, sens în care a depus acordul de colaborare nr. 534/02.03....., însoțit de o descriere a procesului de emailare a tablei și dovada calității procesului de emailare (certificatul SR EN ISO 9001:2008, Ediția 4, nr. TRR 100 20027).

Pe de altă parte, entitatea contractantă consideră tardivă critica contestatoarei, precizând că data luării la cunoștință despre participanții la procedură a fost data publicării procesului-verbal de consemnare a ofertelor (08.03.....).

În continuare, raportându-se la dispozițiile art. 23 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă arată că ofertantul declarat câștigător a demonstrat îndeplinirea cerinței privind experiența similară, prezentând inițial contractele: (i) execuție convertizor - valoare de 60.750 euro - beneficiar Officina Melameccanica Angelucci - OMA Italia, (ii) execuție incinerator – rez. la temp înalte - valoare de 344.000 euro - beneficiar Officina Melameccanica Angelucci - OMA Italia și (iii) execuție boghiuri - valoare de 76.748 euro - beneficiar Schade Lagertechnik și, ulterior, (i) comanda de achiziție nr. 14003982/19.05.2014, în valoare de 60.750,00 euro, reprezintă execuția unui modul incinerator. Acest modul este utilizat în zone similare celor în care se folosesc și table ondulate. De asemenea, acest modul este executat din table deformate la rece (ondulate). Pentru anul 2014, valoarea medie a fost: 1 euro = 4,4446 Ron, reprezentând o valoare de 270.009 lei; (ii) comanda de achiziție nr. 020/14/13.01.2014, în valoare de 334.000 euro, reprezintă execuția de table deformate la rece a unor echipamente destinate industriei cimentului (...) Pentru anul 2014, valoarea medie a fost de 1 euro = 4,4446 Ron, reprezentând o valoare de 1.484.496 lei fără TVA. Ținând cont de aceste clarificări, comisia de evaluare a constatat că sunt întrunite condițiile menționate la art. 23 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Pachetele de tablă ondulată zona rece de la preîncălzitoarele de aer rotativ sunt supuse unui proces de coroziune intens. Acest fenomen are loc datorită procesului de condensare a gazelor de ardere, în această zonă formându-se acid sulfuric, care conduce la accelerarea coroziunii.

În urma discuțiilor purtate cu proiectantul utilajului, SC ICPET - GA SA București, acesta a hotărât implementarea soluției de emailare a acestor pachete de tablă ondulată zona rece pentru mărirea rezistenței la coroziune.

Emailarea aceasta se face în întreprinderi care au în obiectul de activitate acest procedeu de emailare, băi de emailare și dețin tehnologie adaptabilă de execuție conform diferitelor cerințe ce se impun produsului final.

În acest context, entitatea contractantă susține că toți ofertanții s-au angajat să respecte cerințele din caietul de sarcini și pe cele

specificate de proiectantul utilajului. De altfel, operatorii economici desemnați pentru efectuarea emailării au ca obiect de activitate emailare de vase, mașini de gătit, aragaze, fiecare adaptându-și tehnologia de fabricație la cerințele pieței.

În ceea ce privește neconcordanțele sesizate de contestatoare, entitatea contractantă arată că solicitarea de clarificări privind fundamentarea economică din data de 30.03..... și răspunsul la aceasta are scopul de a întări decizia anterioară a comisiei de evaluare (ca urmare a evaluării ofertelor financiare), aceasta neavând niciun rol de a modifica decizia inițiala a comisiei de evaluare.

În replică, prin adresa nr. 623/27.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15892/27.04....., SC ..... SA a transmis Consiliului Concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere înaintat de entitatea contractantă și a cererii de intervenție înaintată de SC ..... SA, prin care își menține criticile formulate prin contestație, referitoare la oferta operatorului economic declarat câștigător, arătând că nu a putut analiza documentele doveditoare pentru experiența similară a acestuia, deoarece, atât documentele ofertei tehnice, cât și, toate documentele transmise în cadrul răspunsurilor la solicitările de clarificări au fost declarate ca fiind confidențiale, în cuprinsul cererii de intervenție.

Referitor la experiența similară contestatoarea remarcă menționarea de către entitatea contractantă în punctul său de vedere la contestație a unui înscris emis în afara perioadei de trei ani raportați la data limită de depunere a ofertelor, care a fost 07.03....., respectiv comanda de achiziție nr. 020/14/13.01.....

Mai mult, contestatoarea arată că, deși prin solicitarea de clarificări din 04.04....., entitatea contractantă a solicitat prezentarea de buletine de încercări din care să rezulte respectarea cerințelor impuse de proiectant, nu rezultă dacă acestea au fost transmise sau dacă sunt conforme.

Recunoscând că *operatorii economici de pe piața de profil își pot adapta tehnologia de fabricație în vederea obținerii produselor potrivit cerințelor entității contractante*, contestatoarea susține însă, că principalul factor care determină calitatea tehnică impusă este materia primă folosită, respectiv *frita anticorozivă* care are în compoziție metale grele importante, fiind total diferită de *frita* utilizată pentru producerea vaselor, componentelor pentru mașini de gătit etc., astfel încât diferențele de preț se justifică prin faptul că nu toți operatorii economici au ofertat produse de calitate. În susținerea celor mai sus evocate contestatoarea prezintă informații de la CERASIL SA, singurul producător de *frită* din România, potrivit cărora *frita* cu specificațiile tehnice impuse prin caietul de sarcini are un preț situat între 5,5 – 5,85 euro/kg, în comparație cu prețul *fritei* pentru uz alimentar care este de maximum 1 euro/kg.

În subsidiar, contestatoarea susține că este necesară anularea procedurii de atribuire, în condițiile în care entitatea contractantă dorește să achiziționeze o *soluție ieftină (neagreată de proiectant)*.

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de furnizare, defalcat pe două loturi, având ca obiect ”....., cod CPV 42419800-4 – Piese pentru transportoare (Rev. 2), SC ..... SA (în calitate de entitate contractantă) a inițiat o procedură, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului consemnat în raportul procedurii nr. 4165/10.04....., aferent lotului 1 – Pachete tablă ondulată, SC ..... SA (a cărei ofertă a fost declarată necâștigătoare, fiind clasată pe locul III) a înaintat Consiliului contestația de față (după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor.

De asemenea, Consiliul reține că, în cauza prezentă, SC ..... SA, câștigătorul desemnat al procedurii de atribuire, a formulat cerere de intervenție voluntară, demers ce a fost încunoștiințat părților interesate.

Consiliul consideră cererea de intervenție admisibilă în principiu, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, urmând a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, conform cu dispozițiile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă.

Având a se pronunța, cu întâietate, asupra excepției invocate în cauză (conform art. 26 alin. 1 din Legea nr. 101/2016), Consiliul va examina excepția invocată din oficiu, privind lipsa de interes a contestatoarei.

În acest sens, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes a contestatoarei, prin adresele nr. 17825, 17827 și 17828/ 1189C3/09.05....., la care acestea au răspuns în termen. Astfel, în timp ce atât entitatea contractantă, cât și intervenienta SC ..... SA, au susținut excepția lipsei de interes a contestatoarei, aceasta a menționat că: în motivul 2 al contestației se face referire la analiza realizată de comisia de evaluare în ceea ce privește experiența similară a operatorilor economici ofertanți în cadrul procedurii pentru atribuirea lotului 1, atât a celui clasat pe locul I, cât și pe locul al II-lea.

Văzând clasamentul ofertelor admisibile, stabilit de entitatea contractantă prin raportul procedurii de atribuire nr. 4165 din 10.04....., Consiliul constată că oferta SC ..... SA, depusă pentru lotul 1 - Pachete tablă ondulată, se situează pe locul 3, după ofertele SC ..... SA (locul 1) și SC .... SRL (locul 2). Prin contestația depusă, SC ..... SA critică decizia autorității contractante de a stabili oferta câștigătoare, dar și de a accepta oferta de pe locul 2, deși nu ar fi ”executat contracte similare ca și complexitate în ceea ce privește zona rece, faguri cu încărcătură emailată”.

Consiliul va proceda la analiza susținerii de mai sus, astfel încât va respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei şi va analiza cauza pe fondul său.

În ce privește susținerile contestatoarei că nu rezultă că SC ..... SA a participat, la procedură, cu subcontractant, în condițiile în care din formularul Tabele detalii producător, rezultă că o parte din contract este executată de un alt operator economic care, potrivit dispozițiilor legale citate are calitatea de subcontractant, Consiliul constată netemeinicia lor.

Astfel, este de reținut că, din oferta tehnică prezentată de SC ..... SA, rezultă că acesta a declarat ca producător pentru ”emailare pachete tablă ondulată zona rece – aprox. 20838 kg” pe SC ..... SRL Oradea. În cuprinsul propunerii tehnice pentru lotul I – ”Execuție pachete de tablă ondulată zona rece emailată” este, de asemenea, specificat faptul că ”operația de emailare se va efectua de către firma SC ..... SRL Oradea. La aceasta, ofertantul SC ..... SA a anexat și Acordul de colaborare nr. 324/534/02.03..... încheiat între SC ..... SA ..... și SC METALICA SRL Oradea, având ca obiect: ”a) operația de emailare table ondulate zona rece”. Mai mult, în cadrul documentației de ofertare prezentate de SC ..... SA se regăsește și ”Oferta tehnică Emailare pachete tablă ondulată «zona rece» conform desen R4/12-CT713-300” a SC ..... SRL Oradea precum și certificatul SR EN ISO 9001:2008 ediția 4, având ca titular pe SC ..... SRL Oradea.

Având în vedere aspectele mai sus reținute, Consiliul constată că, din documentele prezentate de ofertantul SC ..... SA, rezultă că implicarea SC ..... SRL Oradea, se rezumă la, ”a) operația de emailare table ondulate zona rece”, adică la o operațiune anterioară furnizării către entitatea contractantă.

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă a acceptat această opțiune a ofertantului SC ..... SA ..... ca SC ..... SRL Oradea să asigure acea parte a obiectului achiziției din poziția prestatorului/furnizorului, și nu a unui subcontractant, opțiune bazată pe dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, conform cărora, prin furnizor se înțelege: entitatea care pune la dispoziţia unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant.

Or, în opoziție cu această opțiune, contestatoarea pretinde că acest furnizor are calitatea unui subcontractant, adică a unui operator economic a cărui definiție se regăsește la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016: *subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică și care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.*

Pe de o parte, din simpla comparație a acestor două definiții, Consiliul constată că, de fapt, cele două calități nu sunt reciproc incompatibile, dar și că, fiecare din ele, poate fi atribuită unui operator economic care se subordonează contractantului, acesta din urmă fiind parte a contractului de achiziție publică.

Din definiția furnizorului (ce are caracter de noutate față de reglementările anterioare Legii nr. 98/2016), rezultă că furnizorul s-ar putea obliga, față de contractant, și la prestarea unor servicii care să concure la realizarea produselor ce urmează a fi furnizate, activități care, în opinia contestatoarei, ar putea fi asigurate doar de către un subcontractant.

În acest sens, Consiliul consideră că sunt relevante dispozițiile art. 53 și art. 54 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform cărora, în general, libertatea de asociere într-un grup de operatori economici nu poate fi îngrădită de autoritatea contractantă:

Art. 53. - Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terţ susţinător, în condiţiile prevăzute de prezenta lege.

Art. 54. - (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită
formă juridică pentru depunerea unei oferte ori a unei solicitări de participare.

Având în vedere faptul că, la același art. 3 din lege se regăsește și definiția operatorului economic (*jj) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi;*), se înțelege că un grup de persoane juridice, fără a constitui o asociere, poate oferta în comun, în mod liber.

Se înțelege, astfel, că o opțiune de ofertare, de tipul reclamat (furnizor/executant), nu poate conduce nici la asumarea unor obligații, dar nici la reclamarea unor drepturi ce ar rezulta din calitatea de subcontractant.

Consiliul are în vedere și jurisprudența instanțelor comunitare, conform căreia libertatea de ofertare nu ar putea fi îngrădită de autoritățile contractante, prin impunerea unor limite abstracte ale subcontractării (Vezi Cauza C-406/14 punctele 32 și 33: *32. Astfel cum a constatat Curtea la punctul 31 din Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C94/12, EU:C:2013:646), prin acest articol, Directiva 2004/18 se referă la recurgerea la subcontractanți fără a aminti o limitare în această privință. 33. Dimpotrivă, articolul 48 alineatul (3) din această directivă, în măsura în care prevede posibilitatea ca subcontractanții să probeze îndeplinirea nivelurilor minime ale capacităților tehnice și profesionale stabilite de autoritatea contractantă prin recurgerea la capacitățile unor entități terțe, cu condiția să dovedească că vor dispune efectiv de mijloacele*

necesare pentru executarea contractului, dar că acestea nu se află în proprietatea lor, dacă acesta le este atribuit, consacră posibilitatea ofertanților de a recurge la subcontractare pentru executarea unui contract și aceasta, în principiu, în mod nelimitat.

Pe de altă parte, în speță, nu prezintă relevanță faptul că furnizarea/executarea ”a) operației de emailare table ondulate zona rece”, indicate de părți, asigurată de SC ..... SRL Oradea, ar reprezenta sau nu o parte din obiectul achiziției, în condițiile în care este evident că, indiferent de calitatea în care ar participa operatorul economic în cauză, prestația sa trebuie să fie legată de obiectul achiziției. Or, în situația dată, intervenția acestui operator economic este anterioară furnizării, ceea ce relevă faptul că nu poate fi considerat subcontractant.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei vizând aparenta lipsă a experienței similare a ”operatorilor economici clasați pe locul I și II”, care nu ar fi executat contracte similare ca și complexitate în ceea ce privește zona rece, *faguri cu încărcătură emailată,* Consiliul constată că sunt neîntemeiate.

Astfel, potrivit cerinței de la pct. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, ofertanții trebuiau să prezinte: *Lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor, conținând valori, perioade de livrare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Cerința minimă: lista principalelor livrări de produse similare efectuate în ultimii 3 ani, din care să rezulte că au furnizat produse similare în valoare cumulată de cel puțin 1.000.000,00 lei - pentru lotul 1 " Pachete tablă ondulată”.*

În vederea demonstrării îndeplinirii acestei cerințe, ofertantul SC ..... SA ..... clasat pe locul I în clasamentul ofertelor admisibile, pentru lotul I - Pachete tablă ondulată, a nominalizat în DUAE:

- Execuție convertizor – 19.05.2014 – 19.06.2014, în valoare de 60.750 euro, beneficiar OMA Italia;
- Execuție incinerator – rez. la temp. înalte – 13.01.2014-13.06.2014, în valoare de 344.000 euro, beneficiar OMA Italia;
- Execuție boghiuri = 17.02.2016-05.05.2016, în valoare de 76.748 euro, beneficiar SCHADE LAGERTECHNIK.

Urmare a solicitării de clarificări a entității contractante, ofertantul SC ..... SA a prezentat traducerile în limba română a documentelor mai sus nominalizate, în care se confirmă realitatea celor menționate în DUAE.

În sensul celor de mai sus, trebuie avut în vedere că obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit este de ”Furnizare piese schimb auxiliare cazan cota 92 m”, având cod CPV 42419800-4 Piese pentru transportoare (Rev. 2). În aceste condiții, obiectul comenzilor astfel prezentate de SC ..... SA, apare ca fiind similar contractului în cauză, în condițiile în care conform DEX online, definiția cuvântului similar este: De aceeași natură, de același fel, asemănător, analog, și în niciun caz identic, așa cum susține contestatoarea.

În ce privește data execuției comenzii având ca obiect ”execuție incinerator – rezistent la temperaturi înalte”, care are menționată perioada 13.01.2014 -13.06.2014, Consiliul constată că, din conținutul documentului prezentat rezultă că perioada de efectuare a lucrărilor este cea cuprinsă între 01.03.2014 și 02.04.2014, astfel încât raportat la data de depunere a ofertelor, 07.03....., valoarea comenzii care se încadrează în termenul de 3 ani, menționat în fișa de date a achiziției, este de aproximativ 185.840 euro, ceea ce face ca valoarea tuturor comenzilor/contractelor prezentate (de 323.338 euro) să depășească valoarea impusă prin fișa de date de, cel puțin 1.000.000,00 lei - pentru lotul 1 "Pachete tablă ondulată’’.

Referitor la ofertantul clasat pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile SC ..... SRL, Consiliul reține că, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței de la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, acesta a nominalizat în DUAE: ”Pachete tablă ondulată zona caldă PAR bl. nr. 7 – 2 seturi – 19.01.2015 – 30.04.2015, în valoare de 1.399.000,32 lei având ca beneficiar SC ..... SA. Astfel, având în vedere că Cerința minimă, din fișa de date a achiziției, face referire la: lista principalelor livrări de produse similare efectuate în ultimii 3 ani, din care să rezulte că au furnizat produse similare în valoare cumulată de cel puțin 1.000.000,00 lei - pentru lotul 1 " Pachete tablă ondulată’’, fără a face nicio distincție între, Pachete tablă ondulată zona rece (emailate) și Pachete tablă ondulată zona caldă, menționate ca atare doar în caietul de sarcini, în anexa la formularul de ofertă, ofertantul în cauză a făcut dovada îndeplinirii cerinței sus menționate, așa cum în mod corect a apreciat și entitatea contractantă.

Referitor la susținerea contestatoarei, vizând aparenta neprezentare de către SC ..... SA, a buletinelor de încercări din care să rezulte respectarea cerințelor impuse de proiectant, solicitate de autoritatea contractantă prin adresa din 04.04....., Consiliul constată netemeinicia ei.

Prin adresa nr. 2058/04.04....., entitatea contractantă a solicitat, printre altele, ofertantului SC ..... SA: ”Pentru a ne convinge că emailarea va fi de bună calitate și va respecta cerințele impuse de proiectant vă rugăm să ne puneți la dispoziție buletine de încercări (din experiența anterioară) din care să rezulte respectarea cerințelor impuse de proiectant”. La această solicitare, ofertantul a răspuns cu adresa nr. 845, în care precizat că: ”Considerăm că prin oferta tehnică depusă, precum și prin răspunsurile la prezentele solicitări de clarificări, care exced cerințele caietului de sarcini, v-am convins de capacitatea tehnică de a executa operația de emailare în condiții bune, urmând ca la livrarea produselor să se pună la dispoziția autorității contractante documentele de calitate din care să rezulte conformitatea produselor cu Caietul de sarcini. Totodată menționăm că aceste solicitări de clarificări reprezintă cerințe suplimentare documentației de atribuire”.

În acest sens, Consiliul constată că, nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu s-a făcut referire la necesitatea/obligația

prezentării unor ”buletine de încercări (din experiența anterioară)” în vederea demonstrării ”respectării cerințelor impuse de proiectant”. În aceste condiții, critica în cauză este neîntemeiată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată, contestația depusă de SC ..... SA.

În acest context, Consiliul va admite cererea de intervenție a SC ..... SA, menținând rezultatul procedurii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ..... SA.

Respinge contestația formulată de SC ..... SA, ca nefondată.

Implicit, admite cererea de intervenție aparținând SC ..... SA, și menține actualul rezultat al procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**