



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnscc.ro

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr., formulată de SC SRL, lider al Asocierii SC SRL – SRL, cu sediul în, str., având CUI, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin administrator și convențional prin Avocat, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr., emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, județul, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „.....”, cod, s-a solicitat:

- anularea actului autorității contractante prin care a decis respingerea ofertei ca inacceptabilă, precum și actul de comunicare a acestei decizii adresa nr., a raportului procedurii și a oricărui act emis subsecvent.

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor cu luarea în considerare a ofertei ca fiind admisibilă și ulterior, aplicarea criteriului de atribuire, cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

- obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr., formulată de SC SRL, lider al Asocierii SC SRL - SC, cu sediul în, având CUI înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin administrator și convențional prin Avocat, împotriva comunicării rezultatului

procedurii nr., emis de către , în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „....., s-a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante comunicată prin adresa nr. 688/20.11.2019, precum și a actelor subsecvente,
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ca fiind admisibilă,
- obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr., au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

Contestatorul precizează că prin anunțul de participare simplificat nr., autoritatea contractantă a făcut publică documentația pentru atribuirea contractului având ca obiect „Modernizare prin asfaltare străzi de interes local, ... - Jud.”, acesta depunând o ofertă întocmai cu cerințele documentației de atribuire în înțelesul pe care aceasta îl are prin coroborare cu normele legislative incidente.

După depunerea și deschiderea ofertelor, autoritatea contractantă i-a transmis adresa de solicitare de clarificări nr. 6364/01.11. 2019, prin care i s-a solicitat să clarifice „*care sunt documentele depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament*”.

Susține că a indicat prin răspunsul la clarificări documentele depuse în SICAP respectiv angajamentul ferm al terțului susținător precum și declarația anexă a acestuia.

Contestatorul susține că a transmis odată cu răspunsul la clarificări și răspuns din partea terțului susținător care întărește angajamentul de susținere precum și dovezile că acesta, în caz de nevoie, va mobiliza toate resursele pentru îndeplinirea obligației cuprinse în angajamentul ferm.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a decis că răspunsul este „*neconcludent*” și a decis declararea ofertei ca inadmisibilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul consideră că declararea răspunsului său ca „*neconcludent*” este nelegală, având în vedere faptul că răspunsul la clarificări este unul în directă legătură cu întrebarea adresată și este complet în ceea ce privește indicarea documentelor depuse de asociere care fac dovada că terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament.

Contestatorul indică faptul că potrivit instrucțiunii pentru ofertanți autoritatea a specificat următoarele:

„Se vor depune odată cu DUAЕ, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia însoțit de documentele justificative conform art. 182 alin 4 din Legea nr. 98/2016 (...) Se va prezenta (....) angajamentul ferm al terțului susținător din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia (dacă este cazul) însoțit de documentele justificative conform art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016”.

Totodată, acesta invocă și art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care prevede că *„odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament”.*

Contestatorul susține că pentru îndeplinirea solicitării de clarificări, a indicat autorității exact numărul de înregistrare din SICAP cu care au fost încărcate documentele depuse care fac dovada respectării prevederii din instrucțiuni către ofertanți, angajamentul ferm al terțului susținător precum și documentul declarația anexă din care rezultă modul efectiv prin care terțul va materializa susținerea acestuia dacă este nevoie.

Totodată la răspunsul la clarificări a anexat și răspunsul terțului susținător, respectiv angajamentul ferm de susținere prin care terțul susținător se obligă față de autoritatea contractantă că:

„în situația în care contractantul SC SRL întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul derulării contractului, garantam necondiționat și irevocabil, autorității contractante, susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a obligațiilor asumate de SC SRL prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

Vom răspunde față de autoritatea contractantă în cazul în care contractantul întâmpina dificultăți în derularea contractului. Astfel, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil să ducem la îndeplinire integrală, reglementară și la termen obligațiile asumate de SC SRL prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă, pentru partea asumată prin prezentul angajament”.

De asemenea, prin declarația anexă la angajamentul ferm de susținere, reprezentând documentul transmis de terț din care rezultă modul efectiv prin care terțul va materializa susținerea acestuia dacă este nevoie, acesta menționează *„în ceea ce privește susținerea tehnică și profesională acordată, declar pe propria răspundere sub sancțiunea aplicabilă falsului în declarații că, în situația în care ofertantul mai sus menționat va fi desemnat câștigător al procedurii din referință și implicit se va afla în situația în care va întâmpina dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție, ... se obligă să*

se implice în mod direct, asumându-și toate obligațiile care decurg din angajamentul ferm însoțit și prezentat în documentația de calificare". În acest sens, contestatorul precizează că se arată că terțul său susținător se angajează „să mobilizeze resursele tehnice și profesionale - astfel încât să intervină eficient într-un timp rezonabil, în situația în care necesită acest lucru”.

Pe lângă aceste documente depuse în SICAP în considerarea prevederilor din instrucțiuni pentru ofertanți cu privire la terțul susținător, ce au fost indicate ca răspuns la solicitarea de a clarifica *„care sunt documentele depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament”*, contestatorul precizează că a mai transmis autorității contractante și răspunsul terțului cu privire la aceeași solicitare de clarificări.

Prin răspunsul terțului se reiterează aceleași aspecte ce rezultau din documentele deja depuse în anexa la DUAЕ, se reconfirmă autorității asumarea obligației de a mobiliza toate resursele acestora în situația în care contestatorul nu ar putea executa contractul.

Contestatorul, invocând art. 49 din HG nr. 395/2016 în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 183 alin. (1) din Lege, susține că autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător(i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament.

Acesta, susține că dacă autoritatea considera că din cele depuse în SICAP ca îndeplinire a celor prevăzute pentru terțul susținător în Instrucțiuni pentru ofertanți nu sunt îndeplătoare trebuia să solicite clarificări suplimentare clare, care să prevadă exact ce documente dorește să fie depuse, pentru a-i acorda în mod real posibilitatea de a demonstra susținerea de care beneficiază.

Contestatorul consideră că a procedat conform celor indicate în documentația de atribuire și a depus documentele pe care le-a considerat relevante în lipsa unor mențiuni concrete, clare ale autorității cu privire la acestea.

Dacă din verificarea acestora ar fi rezultat că terțul său susținător nu îndeplinea criteriile relevante pentru privind capacitatea ori se încadra în vreunul din motivele de excludere, trebuia să-i solicite înlocuirea sa, nicidecum să declare oferta inadmisibilă.

Din mențiunea finală făcută de autoritate în cuprinsul comunicării rezultatului se desprinde tocmai această concluzie: *„analizând documentele depuse ca urmare a solicitării de clarificări, acestea nu dovedesc îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții prevăzute la art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține*

resursele invocate (personal, dotări) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, acesta în cazul de față nefiind declarat subcontractant”.

Contestatorul precizează că potrivit textelor legale incidente, nu era necesară declararea ca subcontractant a terțului susținător întrucât între cele două instituții există importante deosebiri.

Acesta precizează că nu este în situația demonstrării îndeplinirii unor cerințe de calificare pe capacitățile unui subcontractant ci apelează la un terț susținător doar pentru demonstrarea cerinței privind experiența similară, susținerea nevizând resurse netransferabile.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului, să constate lipsa de temeinicie și legalitate a deciziei autorității contractante în evaluarea ofertei sale și să dispună anularea actelor acesteia, aplicând în mod corect și just legislația achizițiilor publice pentru a se îndeplini scopul acesteia- respectiv achiziționarea lucrărilor necesare autorității în cele mai avantajoase condiții economice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr., contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr., tranzacția nr., din data de 03.12.2019, emisă de CEC Bank, ..., constituită conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, pe seama și la dispoziția CNSC, pentru dosarul CNSC nr.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr. 51186/12.12.2019, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere și dosarul achiziției, solicitând Consiliului respingerea contestației formulată de SC SRL ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că urmare a evaluării etapei DUAЕ, sesizând existența anumitor inadvertențe în DUAЕ, a solicitat prin adresa nr. 6360/01.11.2019, anexa nr. 1, următoarea clarificare:

„(...) Având în vedere: prevederile art. 209 din Legea 98/2016 coroborate cu prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016:

Va rugam să clarificați următoarele:

1. Analizând oferta dumneavoastră, comisia de evaluare a constatat faptul că pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară (lucrări) ați prezentat angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională din partea operatorului economic SC RCM COSTRUZIONI SRL.

Având în vedere următoarele prevederi ale documentației de atribuire, respectiv documentul - Instrucțiuni pentru ofertanți:

- Atenționări speciale - punctul 2:« Se vor depune, odată cu DUAЕ, următoarele documente : angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia însoțit de documentele justificative conform art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 , acordul de subcontractare și/sau acordul de asociere, după caz».(...)»

Vă rugăm clarificați care sunt documentele depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, Termen răspuns: 07.11.2019 (...)”.

Autoritatea contractantă precizează că operatorul contestator a oferit în data de 07.11.2019, prin intermediul SICAP, următorul răspuns:

„(...) Referitor la procedura de atribuire a contractului «Modernizare prin asfaltare străzi de interes local, ... - județul» și ca urmare a solicitării dumneavoastră de clarificări cu nr. 6360/ 01.11.2019 prin care ne solicitați clarificări cu privire la oferta depusă vă transmitem alăturat răspunsul nostru:

Cu privire la clarificarea documentelor depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vă aducem la cunoștință că aceasta se regăsește postată în platforma SICAP la secțiunea DOCUMENTE DE CALIFICARE cu următorul cod de încărcare: [.....] Declarație Anexă la Formularele Angajament ferm tehnico-financiar-semnat.pdf. p7m.

De asemenea vă transmitem atașat și răspunsul Terțului susținător.

Va mulțumim, Data: 07.11.2019”.

Autoritatea contractantă precizează că operatorul contestator a atașat și următoarele documente:

- răspuns terț susținător prin care se precizează experiența terțului privind executarea de lucrări similare în ultimii 5 ani și faptul că deține un număr semnificativ de resurse tehnice și materiale fiind prezentată și o listă cu personalul de specialitate (manager proiect, șef șantier, inginer, etc) precum și o listă a dotărilor materiale (stație mixturi asfaltice, preparare betoane, etc. - anexa 2.1

- Anexa 1 la răspunsul terțului în care este prezentată experiența privind executarea de lucrări similare în ultimii 5 ani - anexa 2.2.

- Anexa 2 - certificări ISO 9001 și SR EN ISO 1401 pentru terțul susținător - anexa 2.3.

- Anexa 3 - prezentare capacitate financiară terț susținător - cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani - 251.102.909,35 lei - Anexa 2.4.

Autoritatea contractantă a considerat răspunsul contestatorului neconcludent pentru următoarele motive:

1. Prin solicitarea de clarificări nr. 6360/01. 11.2019, s-a solicitat să se clarifice care sunt documentele depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, ținând cont de cerințele documentației de atribuire. respectiv:

„- *Atenționări speciale - punctul 2: «Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea*

acestuia însoțit de documentele justificative conform art. 82 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 , acordul de subcontractare și/sau acordul de asociere, după caz.»

INSTRUCȚIUNI PRIVIND TERȚI SUSȚINĂTORI: «Operatorul economic are dreptul să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la criteriile privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respective.

În cazul în care operatorul economic își demonstrează capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților. Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători vă/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că întrucât nu a fost contestată în termenul legal documentația de atribuire, ori solicitarea de clarificări nr. 6360/01.11.2019, Asocierea SC SRL - SC SRL, și-a însușit pe deplin conținutul acestora, astfel încât prezentarea/completarea ofertei cu alte documente suplimentare, nu a fost permisă (răspuns terț, anexe..), fiind de natură a conduce la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, în special la încălcarea principiului nediscriminării și tratamentului egal, față de ceilalți participanți la procedură.

2. Totodată, autoritatea contractantă precizează că răspunsul este neconcludent chiar și cu luarea în considerare a documentelor depuse ca urmare a solicitării de clarificări nr. 6360 /01.11.2019, dat fiind faptul că prin analiza documentelor depuse acestea nu dovedesc îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții prevăzute la art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal, dotări ..) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, acesta în cazul de față nefiind declarat subcontractant.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă susține că prezenta contestație este neîntemeiata și nefondată, pentru următoarele considerente:

1. Prin necontestarea în termen legal a documentației de atribuire, ori a solicitării de clarificări, ofertantul și-a însușit pe deplin conținutul acestor documente;

2. Afirmția contestatorului potrivit căreia „prin răspunsul la clarificări a indicat care sunt documentele depuse în SICAP din care să

rezulte modul efectiv prin care terțul asigură îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv angajamentul ferm al terțului - anexa 3 și declarația anexată acestuia - anexa 4” nu este întemeiată, deoarece oricum avea obligația depunerii angajamentului ferm, iar declarația anexată nicidecum nu face dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute în documentația de atribuire, respectiv art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016, întrucât aceste documente nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal dotări) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, aceasta reprezentând pur și simplu doar o intenție de a colabora pe piața din România cu Asocieria SC SRL - SC SRL, astfel cum rezultă din cuprinsul acesteia.

3. Afirmatia contestatorului, potrivit căreia *„a transmis odată cu răspunsul la clarificări și răspuns din partea terțului susținător care reîntărește angajamentul de susținere, precum și dovezile că acesta în caz de nevoie, va mobiliza toate resursele pentru îndeplinirea obligației cuprinse în angajamentul ferm”*, de asemenea este neîntemeiată, deoarece în primul rând prin solicitarea de clarificări nu a fost permisă completarea ofertei cu noi documente, și al doilea rând, chiar cu luarea în considerare a documentelor depuse, răspunsul terțului susținător, acestea nu dovedesc îndeplinirea condițiilor prevăzute în documentația de atribuire, respectiv art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal dotări) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, răspunsul terțului reprezentând pur și simplu doar o simplă afirmație că deține el însuși personal necesar și dotări, acest terț oricum având sediul în Italia, și sub nicio formă nu dovedesc că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului;

4. Afirmatia contestatorului potrivit căreia *„conform art. 49 din HG nr. 395/2016 în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător(i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament”*, respectiv *„potrivit art. 183 din LG 98/2016 alin.(2) (...) Dacă terțul/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 terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)”,* este neîntemeiată și irelevantă, deoarece comisia de evaluare nu s-a pronunțat cu privire la capacitatea terțului, respectiv în cazul de față

răspunsul la solicitarea de clarificări a fost neconcludent, deoarece documentele depuse ca urmare a solicitării de clarificări, nu dovedesc îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții prevăzute la art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal, dotări..) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, acesta în cazul de față nefiind declarat subcontractant.

5. Autoritatea contractantă mai susține că însuși contestatorul nu consideră prezenta contestație ca fiind întemeiată, pentru simplul fapt că autoritatea contractantă a derulat simultan două proceduri de achiziție publică, respectiv:

- prezenta procedură având ca obiect „Modernizare prin asfaltare străzi de interes local, ... - județul” - anunț de participare simplificat în SICAP nr.;

- procedura simplificată având ca obiect „modernizare străzi de interes local în, județul” - anunț de participare simplificat în SICAP nr.;

față de care, contestatorul inițial a formulat contestație pentru ambele proceduri, inclusiv pentru procedura simplificată având ca obiect „modernizare străzi de interes local în, județul” - anunț de participare simplificat în SICAP nr., dosar CNSC nr., la care a renunțat în data de 06.12.1019.

Autoritatea contractantă mai precizează motivele de excludere în cazul ambelor proceduri sunt identice, anexa 5, și cele două contestații sunt identice, iar contestatorul manifestă o rea intenție, respectiv tergiversarea prezentei proceduri de achiziție publică.

Având în vedere că operatorul contestator a solicitat studierea dosarului achiziției, Consiliul prin adresa nr., i-a comunicat acestuia termenul pentru studierea dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise.

În urma studierii dosarului, contestatorul depune prin adresa nr., concluzii scrise prin care reiterează solicitările din contestație.

Astfel, față de precizarea autorității contractante „față de solicitarea de clarificări nu erau permise alte documente spre a fi depuse”, contestatorul susține că doar a atașat răspunsul propriu-zis al terțului furnizat ca urmare a solicitării de clarificări. Acesta consideră că răspunsul a fost unul clar și concis, documentele solicitate fiind anexele 3 și 4 unde anexa 3 reprezintă angajamentul ferm de susținere iar anexa 4 declarația susținătorului prin care se angajează să mobilizeze toate resursele necesare realizării contractului pentru situația în care ar întâmpina dificultăți pe parcursul contractului.

Referitor la susținerea autorității contractante, precum că: „răspunsul este neconcludent pentru faptul că cele două condiții de la art. 48 din HG nr. 395/2016 nu sunt îndeplinite”, contestatorul precizează că

prin documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a indicat nici un anume document spre a fi depus în mod obligatoriu de către ofertanți.

Cerința a fost formulată de o manieră generală respectiv odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul având obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Autoritatea nu a menționat în mod expres care vor fi acele documente pe care le va considera „concludente” sau măcar o categorie generică de informații care trebuie să se regăsească în acestea pentru a se considera îndeplinită cerința autorității.

Contestatorul subliniază că principiul tratamentului egal și al transparenței implică respectarea de către autoritate a unei obligații de a preciza clar care sunt acele documente/cerințe care vor fi esențiale în evaluarea ofertanților dacă evaluarea sa depinde de ele.

Pe lângă angajamentul ferm de susținere, contestatorul precizează că a depus documentul prin care terțul susținător se obligă să se implice în mod direct în situația în care se va afla în dificultăți în executarea contractului. Aceasta presupune mobilizarea tuturor resurselor necesare tehnice și profesionale astfel încât să intervină într-un timp eficient dacă va exista această situație.

Aceste două documente asigură în opinia sa, pe deplin, cele menționate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Totodată precizează că la studiul dosarului la CNSC nu exista un proces-verbal de evaluare al ofertelor, din care să modul unitar și obiectiv în care s-a decis asupra ofertelor cu privire la acest aspect al susținerii având în vedere că nesolicitarea unor anume documente/informații de către autoritate lasă loc unor vaste interpretări ale ofertanților asupra celor ce urmează a se depune dar și unui arbitrar al autorității în evaluarea conformității documentelor depuse.

3. Referitor la afirmațiile autorității contractante: *„prin răspunsul la clarificări nu au fost permise completări iar răspunsul terțului nu dovedește nici că terțul deține resursele invocate (personal, dotări ..) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului”*, contestatorul susține că răspunsul său nu a reprezentat o completare.

Faptul că terțul susținător s-a obligat să mobilizeze toate resursele necesare pentru a complini imposibilitatea eventuală de executare a contractului rezultă din chiar documentele depuse în cadrul DUAE.

Faptul că răspunsul terțului nu dovedește că deține resursele ori că ofertantul va dispune efectiv de ele este în opinia contestatorului o reținere greșită a autorității în raport de faptul că nu a existat niciodată o cerință a autorității de a *„dovedi”* că terțul deține resursele.

Solicitarea de clarificări s-a exprimat exclusiv în sensul de a se clarifica care sunt documentele din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, contestatorul precizând prin anexele 3 și 4 a indicat cele menționate anterior.

Contestatorul mai precizează că terțul său are drept element de susținere al ofertantului - experiență similară ce a fost prezentată în cadrul DUAE cu contractele sale anterioare iar dovada că va dispune efectiv de resursele sale care acordă susținerea este materializată prin angajamentul ferm și declarația anexă.

4. Contestatorul precizează că nu s-a solicitat niciunde în documentația de atribuire sau în solicitarea de clarificări depunerea documentelor care să dovedească deținerea resurselor (personal, utilaje) de către terț, acesta susținând că dacă va fi cazul le va depune.

5. Referitor la motivele renunțării la cealaltă contestație, menționată de autoritate, contestatorul precizează că au legătură cu inoportunitatea susținerii financiare a litigiului. Aceasta în contextul în care acesta desfășoară numeroase lucrări pentru care avem șantiere deschise concomitent și numeroase proceduri desfășurate concomitent iar pentru unele dintre ele a fost mai oportun să aloce resurse financiare în caz de litigiu.

Prin contestația înregistrată sub nr. 52240/18.12.2019, SC SRL solicită anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale comunicată prin adresa nr. 688/20.11.2019, în data de 13.12.2019, pentru motivele expuse în continuare.

Astfel, contestatorul susține a publicat în data de 09.10.2019 prin SEAP anunțul de participare simplificat, împreună cu documentația de atribuire aferentă pentru atribuirea, prin procedura simplificată a contractului de lucrări având ca obiect: „Modernizare prin asfaltare străzi de interes local, ...- Județul”.

Ulterior, la data de 01.11.2019, autoritatea contractantă i-a solicitat prin adresa nr. 6359 clarificări cu privire la *„documentele depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere”*.

Contestatorul susține că a furnizat autorității un răspuns clar, complet prin adresa nr. 352/07.11.2019, concludent, întrucât prezintă în mod exhaustiv situația terțului său susținător, ..., în calitatea acesteia de terț susținător al Asocierii SC SRL -

Prin urmare, contestatorul consideră că autoritatea contractantă, prin respingerea ofertei sale a încălcat dispozițiile art. 182 și respectiv pe cele ale art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016.

Subliniază că norma legală nu permite, în cazul procedurii simplificate, solicitarea de informații cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută

lucrări și numărul personalului de conducere, calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare, precum și la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului.

Totodată, susține că pe lângă viciile de formă ale deciziei contestate, respingerea ofertei sale este netemeinică și nelegală, autoritatea contractantă neanalizând răspunsului său, ci pur și simplu calificându-l „*neconcludent*”.

Contestatorul precizează că decizia contestată prezintă aspecte contradictorii, astfel la pag. 4, paragraful 5, se arată că „*răspunsul nu este neconcludent*”, în timp ce în cuprinsul aceleiași decizii - pag. 5, paragraful 3, aceeași autoritate concluzionează că „*răspunsul este neconcludent*”. Prin urmare, contestatorul consideră că aceste aspecte au drept scop evidențierea modului simplist, bazat în principiu doar pe enumerarea unor dispoziții legale, lipsit de o analiză efectivă, clară a motivului de respingere în care autoritatea a înțeles să acționeze în procedura de față.

Contestatorul susține că autoritatea își invocă propria culpă, întrucât prin solicitarea sa de clarificări a cerut să indice practic documentele depuse din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului său angajament de susținere.

Acesta precizează că a indicat aceste documente și, mai mult, le-a atașat și evidențiat ca atare prin răspunsul furnizat.

În opinia sa, ... putea și trebuia să prezinte în mod detaliat linia sa de argumente care au determinat-o în a aprecia răspunsului său ca fiind „*neconcludent*”, însă nu a considerat important acest aspect și a transmis documentul fără a indica și detalia argumentele sale în mod clar.

Prin urmare, contestatorul consideră că autoritatea a încălcat prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 care instituie obligația ca solicitarea de clarificări transmisă trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare, ceea ce în cazul de față nu s-a realizat.

Susține că decizia de respingere contestată a fost luată cu nerespectarea dispozițiilor art. 183 din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a verificat dacă terțul său susținător îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea și modul de respectare al art. 164, 165 și 167 din aceeași lege.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă avea următoarele obligații:

- ar fi trebuit să efectueze verificări privind situația terțului susținător, conform art. 183 din Legea nr. 98/2016;

- avea posibilitatea legală de a cere chiar acestuia orice clarificare pe care ar fi apreciat-o necesară, conform art. 49 din HG nr. 395/2016, pentru verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul care acordă susținere;

- putea solicita înlocuirea terțului susținător, o singură dată, dacă acesta nu ar fi îndeplinit criteriile relevante privind capacitatea sau s-ar fi încadrat într-unul din motivele de excludere prevăzute de art. 164, 165 și 167.

Contestatorul mai susține că decizia contestată este lipsită de fundament, întrucât autoritatea contractantă la prima încercare de atribuire a acestui contract a apreciat ca perfect admisibilă oferta sa, dar și susținerea aceluiași terț, SC SA.

Acesta menționează că aceeași autoritate contractantă, a încercat atribuirea aceluiași contract „Servicii de proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări pentru obiectivul «Modernizare prin asfaltare străzi de interes local, ... - județul»”, prin anunțul de participare simplificat

La această primă încercare de atribuire a acestui contract, cu obiect identic conform fișei de date, a depus o ofertă beneficiind de susținerea aceluiași terț susținător, SC SA în ceea ce privește experiența similară pentru execuția de lucrări.

....., prin aceeași comisie de evaluare a analizat modul în care același terț susținător sprijină aceeași asocieră prin furnizarea experienței similare și nu a găsit nicio neregulă, oferta fiind admisibilă, cerința privind dovada experienței similare fiind îndeplinită, (pag. 26-27 și 30-32 din raportul procedurii nr. 3861/28.06.2019 atașat contestației, în extras).

Prin urmare, contestatorul nu înțelege care este diferența de raționament în modul de apreciere ale unor documente similare, angajament ferm al terțului susținător, extrase din contractele de execuție, iar pe cale de consecință acesta consideră că decizia contestată nu are ca temei o apreciere corectă, reală și că, a fost luată fără vreo verificare, întrucât pentru același contract, același terț susținător, aceeași autoritate contractantă, prin aceeași comisie de evaluare a avut concluzii diferite.

Prin adresa înregistrată la Consiliu, sub nr., contestatorul depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr., tranzacția nr., din data de 18.12.2019, emisă de CEC Bank, Sucursala, în valoare de, constituită conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, pe seama și la dispoziția CNSC, pentru dosarul CNSC nr.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr. 52847/23.12.20019 autoritatea contractantă depune dosarul achiziției și

punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acestei ca nefondată.

Astfel, autoritatea contractantă susține că analizând documentele depuse în ceea ce privește modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, conform cerințelor legale, a constatat că acestea nu dovedesc îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții prevăzute la art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal, dotări) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, acesta în cazul de față nefiind declarat subcontractant.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă consideră că prezenta contestație este neîntemeiată și nefondată, pentru următoarele considerente:

1. prin necontestarea în termen legal a documentației de atribuire, ori a solicitării de clarificări, ofertantul și-a însușit pe deplin conținutul acestor documente;

2. referitor la critica contestatorului „autoritatea contractantă, prin respingerea ofertei sale, a încălcat dispozițiile art. 182 și pe cele ale art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016” susține că aceasta este neîntemeiată deoarece astfel cum rezultă însăși din cuprinsul solicitării de clarificări, aceasta a fost solicitată în temeiul art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 precizează ce trebuie să dovedească aceste documente pentru a fi luate în considerare în cazul prezentării unui angajament.

Prin urmare, autoritatea contractantă precizează că motivul pentru care răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări nu a fost concludent, astfel cum s-a precizat și în comunicarea nr. 688/20.11.2019, îl constituie faptul că documentele depuse în ceea ce privește modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, conform cerințelor legale, nu dovedesc îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții prevăzute la art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal, dotări..) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, acesta în cazul de față nefiind declarat subcontractant.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că susținerea contestatorului potrivit căreia au fost încălcate prevederile art. 113 alin. (11), respectiv art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, de asemenea este neîntemeiată, fiind de natură doar a crea confuzie și de a induce în eroare completul de soluționare întrucât din documentația de atribuire rezultă că autoritatea contractantă a impus cerințe de calificare doar conform art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, însă în cazul prezentării de susținere tehnică din partea unui terț, art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 se aplică în cazul tuturor procedurilor de atribuire, nefiind precizat nicăieri faptul că se aplică doar în cazul anumitor proceduri.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că orice critică privind documentația de atribuire, este tardivă, atât timp cât aceasta nu a fost contestată în termenul legal.

3. Referitor la susținerile contestatorului de la punctul 2 al contestației, autoritatea contractantă precizează că sunt neîntemeiate, după cum urmează:

- cum a precizat și în comunicarea nr. 688/20.11.2019, au fost detaliate foarte clar motivele pentru care a fost declarat neconcludent răspunsul și a fost respinsă oferta ca inacceptabilă, astfel încât orice critică a contestatorului cu privire la documentația de atribuire sau solicitarea de clarificări, o consideră tardivă, aceasta având posibilitatea contestării acestor acte în termenele legale;

- afirmația contestatorului potrivit căreia *„a indicat aceste documente, si mai mult, le-am atașat și evidențiat ca atare prin răspunsul furnizat”* nu este întemeiată, deoarece prin acest răspuns s-au precizat doar următoarele:

- un contract ca și experiență similară a terțului;
- terțul va pune la dispoziție resursele - experiență similară;
- terțul va răspunde față de autoritatea contractantă în legătură cu susținerea experienței similare ce rezultă din anexa la angajamentul ferm.

Prin urmare, astfel cum s-a precizat în comunicarea nr. 688/20.11.2019, analizând documentele depuse în ceea ce privește modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, conform cerințelor legale amănunționate, art. 182 alin. (4) din Legea nr.98/2016, documentației de atribuire, acestea nu dovedesc îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții prevăzute la art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016 respectiv nu dovedesc nici că terțul deține resursele invocate (personal, dotări..) și nici că ofertantul va dispune efectiv de resursele terțului, acesta în cazul de față nefiind declarat subcontractant, respectiv anexa nr. 3, angajament terț + anexă.

4. Referitor la critica contestatorului potrivit căreia *„decizia de respingere contestată a fost luată cu nerespectarea dispozițiilor art. 183 din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a verificat dacă terțul nostru susținător îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea și modul de respectare al art. 164, 165, și 167 din aceeași lege”*, autoritatea contractantă susține că este total neîntemeiată și chiar irelevantă, de asemenea are rolul de a crea doar confuzie, întrucât comisia de evaluare nu s-a pronunțat cu privire la capacitatea terțului său, ci doar la faptul că răspunsul a fost neconcludent, pentru motivele expuse.

5. Având în vedere criticile contestatorului privind faptul că comisia de evaluare a dat dovada de rea intenție prin excluderea ofertei sale, ținând cont de cele expuse autoritatea contractantă susține că acestea sunt de natură doar a induce în eroare Consiliul, sau sunt concluzionate din necunoașterea legislației incidente.

6. Afirmăția contestatorului de la punctul 3 al contestației, potrivit căreia „*decizia contestată este lipsită de fundament întrucât autoritatea contractantă la prima încercare de atribuire a acestui contract a apreciat ca perfect admisibilă oferta noastră, dar și susținerea aceluiași terț*” este neîntemeiată și irelevantă în cazul de față, întrucât chiar dacă obiectul contractului este același, astfel cum se poate constata, sunt documentații de atribuire total diferite/cerințe diferite, ori în cazul de față s-a precizat în mod clar și fără echivoc documentele ce sunt necesare în cazul prezentării experienței similare prin terț susținător.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 5359730.12.2019, contestatorul SC SRL depune concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

Cu privire la argumente prezentate prin punctul de vedere nr. 7477 din data de 23.12.2019, contestatorul solicită respingerea acestora, ca vădit nefondate și neîntemeiate.

Susține că autoritatea contractantă, prin intermediul punctului său de vedere înregistrat cu nr., nu face altceva decât să redea, în cuprinsul acestuia, solicitarea de clarificări și comunicarea nr. 688/20.11.2019. În plus, precizează în clar că toate argumente sunt prezentate în decizia de respingere a ofertei sale și nu consideră necesar să le prezinte și nicidecum să le dezvolte, invocând, în final, o serie de „*motive*” expuse în comunicare și reluate de nenumărate ori și în punctul de vedere, pentru a „*demonstra*” că respectiva comunicare a fost întocmită „*fundamentat*” conform legii, însă nu face referire la toate motivele expuse în cuprinsul contestației formulate.

Contestatorul reiterează faptul că răspunsul său la solicitarea de clarificări din partea autorității contractante a fost clar și concludent, prezentând experiența similară a terțului susținător în forma legală, cu îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 48 din HG nr. 395/2016, susținând că în cazul în care comisia de evaluare ar fi considerat că terțul susținător nu îndeplinea cerințele privind capacitatea tehnică, avea obligația statuată în legislație de a solicita înlocuirea acestuia, ceea ce autoritatea a ales să nu facă, încălcând prevederile art. 183 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul mai precizează că în cuprinsul punctului său de vedere, autoritatea contractantă nu a indicat în clar demersurile sale în acest sens întrucât acestea nu există, acesta nesolicitându-i înlocuirea terțului.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu a justificat în niciun fel, în cuprinsul procesului de evaluare a ofertelor, de ce nu a respectat prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prevederi ce în opinia contestatorului ar fi fost încălcate în procesul de evaluare a ofertelor, în situația în care acesta ar fi considerat că terțul său susținător SC Alfa Construct Sistem SA nu a îndeplinit criteriile privind capacitatea.

II. Contestatorul precizează că a contestat modul vădit nelegal de evaluare a ofertelor și nu documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a prezentat situația eronat, susținând că ar fi contestat documentația, autoritatea contractantă neîndeplinindu-și obligația legală statuată în cuprinsul prevederilor Legii nr. 98/2016, după cum a detaliat în prezenta contestație.

Totodată, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a prezentat susținerile sale și nu a demonstrat că are cunoștințele legale necesare pentru a o desfășura cu respectarea legii.

Pe cale de consecință, pentru a asigura o concurență loială și a respecta tratamentul egal, contestatorul consideră că este necesară reevaluarea ofertelor cu luarea în considerare a tuturor aspectelor invocate prin contestație, respectiv prin prezentele concluzii scrise.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „Modernizare prin asfaltare străzi de interes local, ..., județul, cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr., conform căruia valoarea estimată a procedurii este fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că obiectul ambelor contestații formulate de SC SRL și SRL îl constituie decizia autorității contractante de respingere a ofertelor ca inacceptabile, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr.395/2016 deoarece clarificările oferite cu privire la terțul susținător au fost neconcludente, Consiliul va analiza ambele contestații în mod unitar prin raportare la cerințele documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Astfel, în ceea ce privește terțul susținător, autoritatea contractantă a impus în cadrul „Instrucțiunilor pentru Ofertanți”, următoarele cerințe:

„Punctul 2. - Atenționări speciale:

*2. Se vor depune, odată cu DUAЕ, următoarele documente : angajamentul ferm al terțului susținător **din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia însoțit de documentele justificative conform art. 182 alin. 4 din Legea 98/2016** , acordul de subcontractare și/sau acordul de asociere, după caz.*

Nedepunerea acestora odată cu DUAЕ, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/ candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru

fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire. Se va prezenta:

DUAЕ în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 actualizată

- angajamentul ferm al terțului susținător **din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia (dacă este cazul) însoțit de documentele justificative conform art. 182 alin. 4 din Legea nr. 98/2016.**

14. Instrucțiuni privind terți susținători

Mențiuni generale privind Terți susținători:

1. Operatorul economic are dreptul să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la criteriile privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respective

2. în cazul în care operatorul economic își demonstrează capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic **are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare**, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților. Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul **are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament”.**

De asemenea, sunt relevante în soluționarea contestațiilor formulate și prevederile legale referitoare la terțul susținător, după cum urmează:

- art. 182 din Legea nr. 98/2016: „(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificări-le educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător **doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.**

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională

invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

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

- art. 48 din HG nr. 395/2016: „(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională invocând suportul unui/unor terț/terți, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, **cu condiția ca ofertantul/candidatul să poată demonstra că dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului**".

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

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție".

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că ofertanții ar fi trebuit să prezinte în susținerea angajamentului și documente din care să rezulte atât faptul că terții susținători vor desfășura efectiv

lucrările care fac obiectul susținerii, cât și modul efectiv în care aceștia vor asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că, documentele depuse de cei doi contestatori privind terțul susținător sunt următoarele:

- asocierea SC SRL – SC SRL a depus Formularul nr.7 - Angajamentul ferm din partea în calitate de terț susținător (pag. 15 din dosarul achiziției) din care rezultă că acesta din urmă se obligă să pună la dispoziția asocierii resursele tehnice și/sau profesionale pentru experiența similară privind principalele lucrări similare executate în ultimii 5 ani necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică;
- în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante, asocierea SC SRL – SC SRL a depus declarația (pag. 53 - 56 din dosarul achiziției) prin care acesta menționează experiența pe care o are în domeniul infrastructurii rutiere/lucrări, resursele umane/tehnice, subliniind că va acționa ca terț susținător pentru realizarea lucrărilor de execuție și va fi direct implicat în derularea contractului „în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea lucrărilor”;
- asocierea SC SRL - SC a depus Formularul nr. 7 - Angajamentul ferm din partea SC SA în calitate de terț susținător (pag. 102 - 103 din dosarul achiziției) din care rezultă că acesta din urmă se obligă să pună la dispoziția asocierii resursele tehnice și/sau profesionale, experiența similară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică;
- în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante, asocierea SC SRL - SC transmite adresa nr. 352/07.11.2019 (pag. 53 - 56 din dosarul achiziției) din care rezultă că terțul susținător va asigura mobilizarea resurselor tehnice și profesionale doar „în cazul în care ofertantul va ajunge la imposibilitatea executării contractului”.

Astfel, din analiza documentelor mai sus reiterate rezultă că, în afară de modelul de angajament semnat de terțul susținător, cei doi contestatori nu au reușit să furnizeze autorității niciun document care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție ce revine liderului, dacă acesta nu o va executa. După cum s-a reținut mai sus, autoritatea a cerut ca, odată cu DUAЕ, să se aducă atât angajamentul ferm al terțului susținător (formularul nr. 7), cât și documente din care să rezulte modul

efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament și care au lipsit cu desăvârșire în cazul ofertelor depuse.

Prin urmare, Consiliul reține că, prin documentele transmise autorității contractante, contestatorii nu au demonstrat că terții susținători vor desfășura efectiv lucrările pentru care acordă susținere, astfel încât simpla enumerare în DUAЕ a detaliilor aferente unor contracte executate anterior a avut ca rezultat doar îndeplinirea pur formală a cerinței de calificare privind experiența similară impusă de autoritatea contractantă.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 Cod proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatorii nu au reușit să probeze că angajamentele terților includ modul efectiv prin care aceștia vor asigura execuția lucrărilor în legătură cu care au prezentat angajamentele de susținere.

De asemenea, nu sunt lipsite de relevanță argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin OUG nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin. (2) fiind justificată prin faptul că: *„Se asigură transpunerea fidelă a art. 63, paragraful (1) din Directiva 24/2014/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență (Art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016). Abrogarea dispozițiilor art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora în cazul în care susținerea viza resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că pre-vederea nu se regăsește în textul directivei și devine inutilă în contextul modificării art. 182 alin. (2), respectiv asigurarea transpunerii fidele a art. 63, paragraful (1) din Directiva 2014/24/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență”.*

În soluționare, Consiliul reține că prevederile **art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE**, prevăd următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu

acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități **atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.** (...)”.

În aceste condiții, rezultă că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează „experiența profesională relevantă” (având în vedere argumentele expuse anterior – „experiența similară”) **trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.**

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul constată că experiența similară privind execuția de lucrări de construire și/sau de modernizare și/sau reabilitare drumuri rutiere solicitată prin fișa de date a achiziției, reprezintă „experiența profesională relevantă” la care se face referire în art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice ar fi trebuit să execute efectiv lucrările în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere.

În cauza **C 324/14**, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z o.o., **CJUE** s-a pronunțat astfel:

„33 Potrivit unei jurisprudențe constante, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

34 O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de asemenea Directiva 2004/18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

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

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

(...)

37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, **ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

38 Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, **un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă**

(...)

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

42 În speță, instanța de trimitere exprimă îndoieli cu privire la aspectul dacă capacitățile PUM pot fi transmise în mod valabil către Partener, în sensul că pot determina punerea la dispoziție a mijloacelor necesare pentru executarea contractului în discuție în litigiul principal, conform dispozițiilor articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, ținând seama de împrejurarea că o astfel de punere la dispoziție s-ar concretiza prin simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, în lipsa oricărei participări directe a PUM la executarea acestui contract.

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

– recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul**

va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și

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

Mai mult decât atât, din conținutul angajamentelor ferme de susținere privind capacitatea tehnică – experiența similară cât și a răspunsului la clarificările solicitate, rezultă că terții susținători garantează autorității contractante susținerea condiționată **„în cazul în care acesta întâmpină dificultăți în derularea contractului”** sau **„dacă se află în imposibilitate de a executa contractul”**, prevedere abrogată de OUG nr. 107/2017 [fostul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016].

Față de considerentele mai sus menționate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, urmează să respingă ca nefondate contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondate contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.