



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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1328/C2/1431

Data: 04.08.2020

Prin contestația nr. 990/20.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 28909/20.07.2020, formulată de .., în calitate de lider al asocierii .., cu sediul în, județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO ..., reprezentantă legal prin, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1957/16.07.2020, emis de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare DJ 292A Corlățeni-Dimăcheni, km 0+000-2+500”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-au solicitat:

„- Admiterea elementelor prezentei contestații și anularea actelor de procedură contestate;

- Anularea adresei nr. 1957/16.07.2020, prin care asocieria ..a fost înștiințată că oferta asocierii a fost declarată admisibilă, dar nu a fost desemnată câștigătoare urmare a aplicării criteriului atribuirii, respectiv raport calitate-preț, pentru propunerea financiară de 6.729.361,65 lei exclusiv TVA, obținând un punctaj total de 84,75 puncte. Oferta desemnată câștigătoare aparține ofertantului asocierii ... conform propunerii financiare de 5.521.690,94 lei, exclusiv TVA și un punctaj final de 100 puncte;

- Anularea adresei nr. 1955/16.07.2020 denumită comunicare ofertă câștigătoare;

- Obligarea autorității contractante, la continuarea procedurii de atribuire prin aplicarea în mod corespunzător a criteriului de atribuire și atribuirea contractului de achiziție publică, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii”.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la CNSC sub nr. 29968/27.07.2020, .., cu sediul social în comuna ..., județul, cu număr de înmatriculare în Registrul Oficiului Comerțului nr. J07/473/2005, având CUI RO17782459, reprezentată legal prin ..., solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..., critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1957/16.07.2020, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că oferta sa a fost declarată admisibilă, însă necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, oferta desemnată câștigătoare aparținând societății ... Justificându-și interesul în formularea contestației, după ce prezintă un scurt istoric al procedurii, contestatorul precizează că, în urma analizării raportului procedurii de atribuire nr. 1954/16.07.2020, a constatat că ofertantul câștigător, prin răspunsul la solicitările de clarificări ale autorității contractante cu privire la îndeplinirea cerințelor din DUAЕ, a înlocuit terțul susținător menționat inițial în cadrul ofertei, ..., cu un alt terț susținător, respectiv SC ...

În opinia sa, răspunsul transmis în data de 13.07.2020, de ofertantul desemnat câștigător, la solicitările de clarificare, este unul neconcludent, întrucât, odată cu angajamentul de susținere, avea obligația să prezinte și documente transmise de către terțul susținător - ... din care să rezulte modul efectiv prin care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Făcând trimitere la dispozițiile art. 182 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că documentele anexate angajamentului de susținere trebuiau să facă dovada deținerii de personal de specialitate necesar execuției contractului (șef de punct de lucru, responsabil CQ, RTE etc.) și de execuție, deținerii de utilaje conform formular C8, mașini pentru asigurarea transportului.

În opinia sa, prin răspunsul la clarificarea din data de 13.07.2020, ... avea obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare execuției contractului puse la dispoziție de terțul susținător.

Contestatorul consideră că, în cauză, devin incidente prevederile art. 66 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, câtă vreme absența documentelor din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, nu poate fi considerată un viciu de formă ori o abatere de ordin tehnic, ci țin de neglijența ofertantului.

Totodată, contestatorul arată că, prin adresa nr. 1825/07.07.2020, autoritatea contractantă a solicitat, în mod concret, prezentarea tuturor documentelor justificative care atestă îndeplinirea criteriilor de evaluare relevante, conform fișei de date, unde, la cap. III.1.3.a), punctul 3, se regăsește cerința ca orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitatea de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de Legea nr. 98/2016.

După ce prezintă o serie de argumente în susținerea obligației ofertanților, precum și a comisiei de evaluare, de a respecta întocmai cerințele documentației de atribuire, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a admis o ofertă care trebuia declarată inacceptabilă, deoarece terțul susținător nu a făcut dovada asigurării cu personal de specialitate și personal de execuție, asigurării cu utilaje și mașini (autobasculante, autobetoniere, etc.) necesare execuției contractului de lucrări.

Prin urmare, în acord cu principiul legalității, principiul bunei administrări, precum și cu cel al asumării răspunderii, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația să verifice cu atenție toate elementele de care depinde admisibilitatea ofertelor, însă, în cauza de față, comisia abilitată nu a depus toate diligențele pentru o evaluare corectă și a evaluat oferta declarată câștigătoare într-o manieră neobiectivă și incorectă, cu nerespectarea principiului statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, susține contestatorul, evaluarea răspunsului formulat de ofertantul câștigător este nelegală și denotă o abordare superficială a cerințelor din documentația de atribuire.

În concluzie, pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016, ale HG nr. 419/2018, precum și pe cele ale Codului civil.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 2001/20.07.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 29397/22.07.2020, ..., în calitate de

autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Ca aspect preliminar, autoritatea contractantă arată că, în cadrul fișei de date a achiziției, Cap. III. 1) CONDIȚII DE PARTICIPARE: III. 1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, se stipulează: *„Dacă terțul/terții, subcontractantul/subcontractanții se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, respectiv subcontractanții. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”*.

Baza legală a acestei mențiuni din fișa de date, precizează autoritatea, este art. 183 alin. (2) din Legea nr 98/2016, astfel că, prin includerea tuturor cerințelor și condițiilor de calificare (minime) în deplin acord cu legislația în vigoare, nu se încalcă nici tratamentul egal, nici transparența, iar ofertanții participanți la această procedură de achiziție publică nu au fost lezați. Dreptul de a înlocui terțul/terții susținător/ susținători, respectiv subcontractantul/ subcontractanți o singură dată nu aparține unui singur ofertant, ci tuturor ofertanților participanți.

Referitor la criticile din contestație, autoritatea contractantă arată că înlocuirea terțului susținător de către ofertantul ... s-a făcut în condițiile prevederilor legale în vigoare și în aceleași condiții pe care terțul susținător le-a îndeplinit inițial, anume susținerea în ceea ce privește experiența similară îndeosebi.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, în fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate din fișa de date a achiziției, se prevede *„Tertul/terții susținători vor completa DUAЕ, corespunzător susținerii acordate și vor prezenta angajamentul de susținere până la data și ora limită de depunere a ofertelor, împreună cu documente anexe la angajament, transmise ofertanților, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora, urmând ca documentele justificative să fie solicitate ulterior, ofertantului clasat pe primul loc în urma evaluării ofertelor. Odată cu depunerea DUAЕ ofertanții trebuie să prezinte angajamentul terțului susținător (împreună cu documente anexe la angajament, transmise acestora de către terț/terții susținători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora)”*.

În concret, prin adresa nr. 310/15.06.2020, ofertantul ... SRL a prezentat documentele justificative de îndeplinire a cerințelor din caietul de sarcini, (filele 188-194), anume:

- Declarație pe propria răspundere privind disponibilitatea personalului de execuție pentru îndeplinirea contractului;
- Declarație pe propria răspundere privind disponibilitatea personalului de specialitate pentru îndeplinirea contractului;
- Lista dotărilor: utilaje și echipamente tehnice, laborator de încercare autorizat pentru lucrări ce vor fi disponibilizate pentru realizarea acestui obiectiv de investiții;
- Modalitatea de asigurare a accesului de specialiști necesare și obligatorii șef de șantier, responsabili RLE, CQ, SSM;
- resursele umane disponibilizate pentru execuția lucrărilor.

Mai arată că terțul susținător, prin angajamentul ferm completat (formularul nr. 12), precizează modul în care se realizează susținerea din punct de vedere tehnic profesional, și anume experiența similară necesară îndeplinirii la termen și în integralitatea lor a tuturor obligațiilor contractuale. Deci, subliniază autoritatea, terțul susținător nu susține ofertantul, conform angajamentului ferm privind susținerea tehnică și profesională, cu personal de specialitate și utilaje, condiție pe care ofertantul a demonstrat că o îndeplinește singur prin documentele justificative postate în SICAP.

Prin urmare, apreciază autoritatea contractantă, afirmația contestatorului referitoare la neconcludența răspunsului dat de ofertantul clasat pe primul loc, nu este fondată.

În ceea ce privește documentele depuse de terțul susținător SC ..., autoritatea contractantă arată că acesta au fost următoarele:

- Angajament privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului (experiența similară);
- Împuternicire terț susținător;
- Declarație privind respectarea reglementărilor obligatorii din domeniul mediului, social, al relațiilor de muncă și privind respectarea legislației de securitate și sănătate în muncă;
- DUAE.

De asemenea, au fost depuse de către ... și documente doveditoare privind îndeplinirea DUAE, și anume:

- Documentație privind neîncadrarea în prevederile art. 59, art. 60 art. 165, art. 167, art.16. din Legea nr.98/2016;
- Certificat de înregistrare (CUI 17103310);
- Certificate fiscale privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către bugetul local;
- Certificate privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către bugetul general consolidat;
- Cazier judiciar al operatorului economic și al administratorului operatorului economic;
- Certificat constatator emis de O.N.R.C.;
- Certificat de cazier fiscal;

-Experiența similară (Contractul de lucrări nr. 92/49094/21.07.2015, Ordin de începere al lucrărilor nr. 1/07.09.2015, Proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr.2/31118/05.12.2019, Document constatator nr. 2291/16.01.2020, Extras din PTh privind Stabilirea categoriei de importanța a construcției-clasa tehnică).

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă apreciază că evaluarea ofertelor a fost efectuată corespunzător, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la CNSC sub nr. 29968/27.07.2020, ... solicită admiterea acesteia și respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată.

În opinia intervenientului, criticile din cuprinsul contestației nu sunt întemeiate, răspunsul transmis, în data de 13.07.2020, a fost unul concludent, oferta sa fiind, în mod legal, considerată acceptabilă.

Astfel, enumerând înscrisurile comunicate prin răspunsul nr. 380/13.07.2020, intervenientul apreciază că a prezentat documente justificative care atestau îndeplinirea criteriilor de evaluare pentru terțul susținător ..., așa cum au fost acestea prevăzute în fișa de date. Conform condițiilor de participare stabilite în fișa de date a achiziției, arată intervenientul, capacitatea de exercitare a activității profesionale se dovedește cu DUAЕ, cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, act care a fost depus prin răspunsul menționat anterior. De asemenea, precizează că, în cadrul aceluiași răspuns, a depus documentele doveditoare privind experiența similară, respectiv contractul de lucrări nr. 92/49094/21.07.2015, Ordinul de începere a lucrărilor nr. 1/07.09.2015, procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 2/31118/05.12.2019, documentul constatator nr.2291/16.01.2020, extrasul din PTh privind stabilirea categoriei de importanță a construcției clasa tehnică.

Prin documentele prezentate, intervenientul consideră că a îndeplinit și a dovedit toate condițiile necesare menționate, în mod expres și limitativ, în fișa de date a achiziției, iar dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat că acestea nu sunt suficiente și ar fi cerut depunerea unor documente suplimentare, societatea sa le-ar fi solicitat terțului susținător și le-ar fi comunicat.

Față de cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la continuarea procedurii, prin aplicarea în mod corespunzător a criteriului de atribuire și atribuirea contractului, intervenientul precizează că aceasta este inadmisibilă, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că, în situația în care Consiliul va constata că oferta depusă este incompletă, va obliga autoritatea contractantă să solicite depunerea documentelor lipsă sau orice alte clarificări.

Concluzionând, intervenientul consideră că motivele din cuprinsul contestației nu sunt de natură să justifice adoptarea unei măsuri de

continuare a procedurii de atribuire, adică reanalizarea ofertelor, așa cum solicită contestatorul.

În drept, se invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și pe cele ale Legii nr. 98/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare DJ 292A Corlățeni-Dimăcheni, km 0+000-2+500”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1068013/12.05.2020.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare simplificat, în cadrul procedurii au fost primite 3 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 1954/16.07.2020, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, respingerea unei oferte și motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și punctajul obținut de ofertele admisibile, urmare a aplicării criteriului de atribuire stabilit, și desemnarea ofertei depusă de SC VULTURI SRL, câștigătoare a procedurii.

În cadrul procedurii, ..., (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Față de cererea de intervenție formulată de ..., văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 1954/16.07.2020, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că nemulțumirile contestatorului vizează decizia de declarare admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de ..., motivat de faptul că, în opinia sa, aceasta ar fi trebuit respinsă, ca inacceptabilă, urmare a neprezentării, pentru terțul susținător, a documentelor care probează modul efectiv prin care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv dovada asigurării cu personal de specialitate și personal de execuție, asigurării cu utilaje și mașini necesare execuției contractului de lucrări.

Incidente cauzei dedusă judecății vor fi reținute următoarele dispoziții legale:

- Legii nr. 98/2016:

art. 182. - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea

unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

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

(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. 183. - (1) Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167.

(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).

Art. 184. - În cazul în care un operator economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară invocând susținerea unui/unor terț/terți, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic și terțul/terții susținător/susținători să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului- cadru. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament.

- HG nr. 395/2016:

Art. 48 (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

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

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

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

Art. 50. - (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.

Relativ la posibilitatea ofertanților de a invoca susținerea tehnico-profesionale, fișa de date a achiziției a prevăzut următoarele cerințe:

- la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:

*1) **Cerința** Ofertanții participanți la procedura vor prezenta Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din care să rezulte că au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit, lucrări similare însoțite de certificări de bună execuție care să indice beneficiarii, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor la nivelul a minimum un contract - maximum a 3 contracte (...)*

*2) **Cerința:** În cazul în care ofertanții participanți la procedură invoca susținerea tehnico-profesională, terțul susținător nu trebuie să se încadreze în prevederile art. 164, 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016....*

Modalitate de îndeplinire:

***Cerința 1** Completare DUAЕ. La solicitarea autorității contractante, ofertantul clasat pe primul loc la finalizarea evaluării ofertelor va prezenta certificări de bună execuție care să indice beneficiarii, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor care probează îndeplinirea experienței similare.*

***Cerința 2** În DUAЕ completat de ofertant se vor include și informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAЕ. Terțul/terții susținători vor completa DUAЕ, corespunzător susținerii acordate și vor prezenta angajamentul de susținere până la data și ora limită de depunere a ofertelor, împreună cu documente anexe la angajament, transmise ofertanților, din care rezulta modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora, urmând ca documentele justificative să fie solicitate ulterior, ofertantului clasat pe primul loc în urma evaluării ofertelor. Odată cu depunerea DUAЕ ofertanții trebuie să prezinte angajamentul terțului susținător (împreună cu documente anexe la angajament, transmise acestora de către terț/terții susținători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora).*

Cum criticile din contestație nu sunt îndreptate împotriva acceptării înlocuirii, în condițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a terțului susținător propus inițial, verificările Consiliului nu vor face referire la acest aspect, ci exclusiv la legalitatea analizei realizată de comisia de evaluare cu privire la răspunsul transmis de ofertantul desemnat câștigător, în data de 13.07.2020, respectiv referitoare la

documentele înaintate de ..., cu privire la noul terț susținător propus, și anume

Din coroborarea cerinței fișei de date a achiziției și a dispozițiilor legale anterior citate rezultă că autoritatea contractantă era ținută să analizeze răspunsul ofertantului și să stabilească, inclusiv, în ce măsură acestea demonstrează modul efectiv în care se va materializa susținerea acordată de terț, ofertantului.

Așadar, problema de drept care se evidențiază în cauză, este dacă răspunsul la clarificări și documentele însoțitoare sunt suficiente pentru a concluziona că .. a dovedit modul efectiv prin care terțul susținător propus va asigura îndeplinirea propriului angajament.

Din probatoriul administrat, rezultă că ofertantul declarat câștigător a apelat la experiența similară a terțului susținător – ...SRL, pentru care a înaintat autorității contractante, DUAE și angajamentul de susținere, în forma prezentată de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, precum și documentele necesare care atestă neîncadrarea terțului în situațiile de excludere prevăzute de lege. De asemenea, se observă că singura anexă a formularului nr. 12 – Angajament privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici, o reprezintă lista cu principalele lucrări executate în ultimii 5 ani, completată de către ...

Însă, așa cum subliniază și contestatorul, din niciun document nu rezultă modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

În soluționare, se reține că dispozițiile 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. (...)**”.*

Legislația națională prevede, la art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *„În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la **experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări**”.*

Aplicând aceste dispoziții legale, Consiliul constată că experiența similară solicitată prin fișa de date a achiziției, reprezintă, în fapt, „experiența profesională relevantă” la care face referire și art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În jurisprudența europeană, în diferite cauze, cu titlu de exemplu C-389/92 Ballast Nedam Groep[5], C-176/98[6] Holst Italia Spa, C-94/12[7] Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C-314/01[8] Siemens și ARGE Telekom, au fost tratate întrebări preliminare privind susținerea unor terțe entități, fără a se răspunde, în concret, cum trebuie să acționeze o autoritate contractantă pentru a verifica punerea la dispoziție, de către terț, a experienței similare.

Însă, 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** a dezlegat problema contribuției terțului în ofertare și a implicării lui în derularea contractului, pronunțându-se 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 poate fi transmisă 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”.**

Referitor la rolul terțului în ofertă, din economia ideilor expuse, rezultă că:

- ofertantul nici nu ar putea fi admis să participe la procedură, fără capacitățile financiare și economice, precum și tehnice și/sau profesionale ale terțului, (idee regăsită și în cauza C-234/14[13]);

- ofertantului are obligația de a face dovada că dispune „efectiv” de mijloacele acestor organisme sau întreprinderi, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare executării contractului;

- terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract.

De altfel, experiența similară nu poate fi considerată o resursă transmisibilă, dat fiind că rolul ei este acela de a dovedi că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel supus achiziției.

În concluzie, Consiliul apreciază că, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, ofertantul trebuia să prezinte și documente din partea terțului susținător din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere, iar comisia de evaluare era ținută să verifice existența acestor documente, având în vedere că

dovedirea nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, terțul neavând numai atribuții declarative. Simpla declarație, prin angajament sau alte documente similare, că un operator economic va susține un ofertant nu poate fi considerată o dovadă a îndeplinirii cerinței de calificare vizate de acea susținere.

Astfel, se constată că ofertantul declarat câștigător nu a pus la dispoziția autorității contractante documente care să prezinte modul efectiv de susținere, la nevoie, de către terțul declarat, a execuției contractului.

Or, atât conform fișei de date a achiziției, dar, mai ales, conform prevederilor art. 48 alin. (2) din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:*

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

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

Având în vedere faptul că, în speță, oferta declarată câștigătoare se sprijină pe experiența similară a unui terț, cu atât mai mult se impunea a fi analizată efectivitatea intervenirii acestei susțineri.

Prin urmare, critica contestatorului, din acest punct de vedere, este apreciată de Consiliu ca întemeiată, autoritatea contractantă nefăcând o evaluare efectivă a realității și concludenței susținerii terțului, pentru capacitatea ofertantului, în raport cu tipul cerinței pentru care a înțeles să se implice în procedura de atribuire, întrucât modul de punere în practică a angajamentului de susținere, declarat de terțul susținător, nu relevă efectivitatea susținerii experienței similare, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire.

Însă, contrar solicitărilor contestatorului, aceste concluzii nu sunt în măsură să conducă la eliminarea automată din procedură a ofertei analizate, ci trebuie să facă obiectul clarificărilor, în conformitate cu dreptul conferit comisiilor de evaluare de prevederile art. 196 din Legea nr. 98/2016 „alin. (2) *Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați. (...) alin. (3) Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).”*

În sensul celor expuse anterior, este și practica națională, cu titlu de exemplu fiind reținute decizia CNSC nr. ... decizia CNSC nr. ..., menținută de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 353/17.03.2020.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 1954/16.07.2020, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnată câștigătoare și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 15 de zile de la primirea deciziei.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ...

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de .., în calitate de lider al asocierii .., în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 1954/16.07.2020, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnată câștigătoare. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 15 de zile de la primirea deciziei.

Încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SC VULTURI SRL, și o respinge.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practicaua deciziei:

..