

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – Administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 2028/....., emis de SC, cu sediul în, județul, având adresa de corespondență în, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. publicat în SEAP în, s-a solicitat Consiliului

Prin adresa nr. din, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin împuternicit, a depus o cerere de intervenție în interes propriu, prin care a solicitat Consiliului respingerea contestației înaintate de SC SRL, ca nefondată, menținerea tuturor actelor autorității contractante, continuarea procedurii de atribuire în cauză și dispunerea reținerii de către autoritatea contractantă a garanției de bună conduită.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Încuviințează în principiu cererea de intervenție depusă de SC SRL.

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL.

Respinge cererea SC SRL privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat în cursul soluționării prezentei contestații.

Admite cererea de intervenție, mai puțin solicitarea privind dispunerea reținerii de către autoritatea contractantă a garanției de bună conduită.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., SC SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 2028/....., emis de SC, în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, considerând nelegală decizia acesteia de declarare drept inacceptabilă și neconformă a ofertei sale, în temeiul dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. b) și ale art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Pe de o parte, contestatoarea arată că, împotriva solicitării de clarificări a ofertei nr. 612/23.06.2015, a depus contestația ce a fost respinsă inclusiv de către Curtea de Apel, cu următoarea mențiune: „într-adevăr solicitarea de la punctul 3 (nn: prezentați informații publice referitoare la existența unui anunț de intenție și/sau anunț de participare, precum și a unui anunț de atribuire privind contractul prezentat ca și experiență similară, publicate în cadrul sistemului electronic de informații publice privind achizițiile din Mexic) nu își găsește rațiunea, întrucât nu este rezonabil a aprecia că lucrările care justifică experiența similară trebuiau făcute în cadrul unui contract care are o fizionomie similară celui de achiziție publică din legislația României, un contract de drept privat satisfăcând desigur exigențele solicitate în măsura în care se încadrează în parametri tehnici indicați în fișa de date a achiziției”.

Ca urmare a acestei situații de fapt, contestatoarea menționează că a răspuns, în timp util și motivat, la noile solicitări de clarificări. Mai mult, contestatoarea susține că a depus, în cadrul acestui răspuns, pentru a contracara impresia generală că acest terț susținător este „o persoană juridică cu o existență incertă”, Scrisoare linie de credit, pe care terțul susținător a înțeles să o pună la dispoziția sa.

Cu toate acestea, menționează contestatoarea, autoritatea contractantă a apreciat că nu a dovedit lungimea rețelilor de apă și de canal executate și duse la bun sfârșit de terțul susținător în lungimea minimă solicitată, motivând acest aspect pe incertitudinile și neclaritățile generate de neconcordanța între dimensiunile mari ale contractului prezentat, respectiv 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă

și locul execuției rețelelor de apă și canalizare, respectiv districtul (cartierul) Paseos del Vergel ce se întinde, conform declarației ofertantului pe o suprafață de 671.573,3 mp (mai puțin de 1 km²), suprafață ce nu justifică realizarea celor 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă declarată.

Or, odată cu oferta, s-au depus și documentele în dovedirea criteriului privind capacitatea tehnică și/sau profesională, în speță contractul DWS nr. 68-11 din 12 ianuarie 2011, împreună cu Certificatul de acceptare finală GBC/FCC/DWS-68-11/19 decembrie 2012 în traducere autorizată și legalizată (documente ce poartă Apostila Convenției de la Haga), Planul de alimentare cu apă potabilă, Planul sistemului de instalații pentru alimentare cu apă potabilă, Planul de canalizare și adresa nr. GBC/DWS-68-11/312/15 iulie 2014.

În ciuda faptului că, din cuprinsul documentației depuse reiese, în mod neechivoc, îndeplinirea cerinței minime de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională (astfel cum aceasta a fost prevăzută în fișa de date a achiziției), autoritatea contractantă a solicitat clarificări în sensul de a prezenta detalii, precizări sau confirmări suplimentare din care să reiasă clar lungimea rețelei de apă și lungimea rețelei de canalizare.

Totodată, precizează contestatoarea, un alt stat nu poate emite documente de tipul celor stabilite prin legislația din România, iar, conform principiilor ce stau la baza OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, autoritatea contractantă va accepta documente similare pentru investițiile realizate pe teritoriul altor state și orice alte documente care confirmă execuția și finalizarea acestora în condițiile stabilite prin contract.

În aprecierea justeții și legalității informațiilor oferite în dovedirea cerinței minime de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, apreciază contestatoarea, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere documentele semnate de către părți (Contractul DWS-68-11, Certificatul de acceptare finală GBC/FCC/DWS-68-11/19 decembrie 2012, precum și planurile conexe acestora) și confirmate de către Comisia Statală a Serviciilor Publice Tijuana - autoritate publică care confirmă, prin adresa din data de 04 martie 2014, faptul că Proiectul DWS-68-11 a fost executat de către Ingineria v Constructora Rosarito SA, iar construcția a fost realizată de către terțul susținător din speță (....).

Astfel, din interpretarea dispozițiilor art. 268 alin. (1) teza finală din Codul de procedură civilă reiese că înscrisurile (care poartă semnătura unui funcționar public) sunt autentice, iar autoritatea contractantă are obligația de a accepta realitatea celor conținute în cuprinsul acestor acte, acte prin care se dovedește îndeplinirea cerinței minime de calificare privind capacitatea tehnică și profesională.

Pe de altă parte, contestatoarea consideră că nici susținerea potrivit căreia nu a demonstrat susținerea de care beneficiază nu este conformă cu realitatea, întrucât, odată cu răspunsul la solicitarea de

clarificări, a depus Scrisoarea linie de credit nr. 3148/11 mai 2015 emisă de ROBank Co.

Astfel, apreciază contestatoarea, în mod greșit autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei depuse în ceea ce privește terțul susținător (....) deoarece depunerea Scrisorii linie de credit face dovada faptului că acesta își asumă întocmai calitatea sa în fața autorității contractante.

Mai mult, precizează contestatoarea, a fost depus angajamentul de susținere tehnică ce respectă conținutul solicitat de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, conținut ce are clauze prin care se presupune că autoritatea contractantă a înțeles să se asigure de crearea cadrului legal pentru atragerea răspunderii terțului susținător în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, orice solicitare în plus fiind o depășire a atribuțiilor de către comisia de evaluare și o nerespectare a prevederilor propriei documentații de atribuire.

Susținerile potrivit cărora nu își poate îndeplini angajamentul ferm de a îndeplini obligațiile contractuale ale contractantului, prin implicarea sa directă, pentru motivul că acesta operează pe alt continent sunt, în opinia contestatoarei, simple speculații ale autorității contractante, fără niciun temei legal, ori corespondent în fișa de date a achiziției.

De altfel, Scrisoarea linie de credit pe care terțul susținător înțelege să o pună la dispoziție reprezintă o garanție în plus pentru autoritatea contractantă că ofertantul este în măsură să își îndeplinească obligațiile în mod corespunzător și la termen.

Pe parcursul procesului de achiziție publică, la adoptarea oricărei decizii, pentru a asigura unitatea, omogenitatea, echilibrul, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere următoarele principii reglementate de OUG nr. 34/2006. Principiul recunoașterii reciproce, ce stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, presupune tocmai acceptarea produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piață, a certificatelor, a documentelor emise de autorități competente din alte state, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Acest principiu reflectă de altfel libera circulație a serviciilor, a lucrărilor executate pe teritoriul altor state. Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să accepte documente echivalente conform legislației statului în care terțul susținător își desfășoară activitatea.

În opinia contestatoarei, orice altă interpretare duce la încălcarea principiului tratamentului egal și al principiului liberei concurențe ce se referă la interzicerea discriminării potențialilor participanți la o procedură în baza naționalității sau a oricăror altor criterii.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia o suprafață de 671.573,35 mp nu justifică realizarea a 227 km de rețea de canalizare și 196 km de rețea de apă, raportând lungimile din proiect la suprafața aferentă, contestatoarea arată că aproximativ 270-280 de tronsoane de rețele de apă și canalizare (pe ambele direcții), paralele

între ele, având fiecare o lungime de aproximativ 820 m, lucru perfect realizabil.

Mai mult, aruncarea în desuetudine a acestei suprafețe pe care au fost construite aproximativ 1500 locuințe/case prin menționarea că nu reprezintă nici 1 km² nu face decât ca demersul autorității contractante să fie vădit speculativ și tendențios.

Pe de altă parte, susține contestatoarea, în cauză, autoritatea contractantă nu se subscrie motivelor stipulate în mod limitativ de lege pentru a considera neconformă oferta sa.

În acest sens, contestatoarea reia argumentația prezentată anterior, arătând că, pe lângă documentele depuse inițial în ofertă, a depus, odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări, Planul de amplasament, Planul de alimentare cu apă potabilă, planul sistem de instalații pentru alimentare cu apă potabilă și Planul canalizare, documente confirmate de beneficiarul lucrării (Ingenieria Y Constructora Rosarito).

De altfel, apreciază contestatoarea, autoritatea contractantă nu este îndreptățită să solicite ofertanților clarificări ce nu-și găsesc corespondentul în cerințele documentației de atribuire pentru a crea în mod artificial premisele respingerii acestora.

Or, terțul susținător acordă susținere cu privire la experiența similară, respectând legislația în vigoare din România.

În continuare, contestatoarea susține că, așa cum a demonstrat în cadrul propunerii tehnice, dispune de toate resursele necesare execuției lucrărilor aferente prezentului obiectiv de investiții, în conformitate cu cerințele proiectului tehnic de execuție, caietului de sarcini, graficului de execuție și cerințelor contractuale, și anume resurse de personal și utilaje de construcții și mijloace de transport.

Astfel, precizează contestatoarea, în cadrul propunerii tehnice, Formularul nr. 15, pag. 1544-1843, a prezentat resursele de care dispune, fiind astfel asigurat un număr impresionant de resurse: (i) personal cheie - 21 de coordonatori de execuție și experți principali și (ii) personal de execuție - oameni.

Cu privire la utilajele și echipamentele de construcții necesare în procesul tehnologic de execuție s-a prezentat tabelul de la paginile 1822-1843, care cuprinde un efectiv impresionant de mijloace de transport (autobasculante, autobetoniere, Remorci, Trailere, Camionete, Autopompe, Pompe de beton, Camioane, Autoturisme) și utilaje de construcții (Buldoexcavatoare, Excavatoare, Buldozere, Maiuri compactoare, Placi vibratoare, Motopompe, Generatoare curent, Aparate de sudură țevă polietilenă, autogredere, încărcătoare frontale, truse topometrice, Ciocane demolator, Compactoare, Aparate de sudură oțel, Freza de asfalt, Autogudronator, Mașini de tăiat asfalt și beton, Autocisterne, Automacarale, Utilaje de forat).

Astfel, ținând cont de resursele de care dispune, contestatoarea apreciază că nu va întâmpina dificultăți în procesul de derulare a lucrărilor.

Prin adresa nr. 3232/....., înregistrată la CNSC sub nr. 4568/....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea actelor emise, precum și respingerea solicitării contestatoarei privind plata cheltuielilor de judecată.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă face o descriere detaliată a desfășurării etapelor procedurii de atribuire în dispută, arătând că, din analiza documentelor de calificare din dosarul achiziției publice, comisia de evaluare a hotărât că oferta depusă de SC SRL este inacceptabilă și neconformă, întrucât nu îndeplinește una dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv cerința 1 de la secțiunea Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Astfel, autoritatea contractantă susține că SC SRL nu a dovedit lungimea rețelelor de apă și de canal executate și duse la bun sfârșit de terțul susținător în lungimea minimă solicitată.

Pentru probarea cerinței mai sus citate, ofertantul a depus inițial:

- Contractul nr. DWS-68-11 din 12.01.2011 având ca obiect „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”;

- Formularul nr. 8A - Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului, Formular nr. 8C Lucrări executate în ultimii 5 ani;

- Certificat de acceptare finală nr. GBC/FCC/DWS-68-11/19.12.2012, emis de Ingenieria y Constructora Rosarito SA, cu sediul în Avenida Mexico 193-8, Zona Norte, Tijuana, Baja California, Mexic 22000, din care reiese că, în cadrul contractului DWS-68-11/12.01.2011, au fost executate 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă.

Aparent, prin actele depuse, contestatoarea a îndeplinit, prin terțul susținător, cerința minimă de calificare privind experiența similară așa cum aceasta a fost impusă prin pct. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției.

Totuși, așa cum a statuat și Curtea de Apel prin Decizia nr. 2879 din 15.09.2015, „(...) esențial pentru beneficiar într-o procedură de achiziție și în orice executare de lucrări este să se asigure, nu că s-au depus înscrisurile solicitate, ci că ele corespund unei realități faptice”.

Astfel, în considerarea dispozițiilor art. 7 din HG nr. 925/2006, art. 190 alin. (2), art. 2 și art. 177 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, spre asigurarea integrității procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă a considerat necesar să își exercite dreptul de a solicita „clarificări sau completări ale documentelor prezentate” (art. 177 alin. 2 din OUG nr. 34/2006) de către SC SRL cu referire concretă la stabilirea situației derulării contractului de referință prezentat de terțul susținător în dovedirea experienței similare.

În continuare, autoritatea contractantă precizează unele împrejurări care au îndreptățit-o la aplicarea normelor art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006, motiv pentru care au fost adresate contestatoarei întrebări și solicitări de clarificări suplimentare.

Unul dintre aspectele de natură a îndreptăți clarificarea aspectelor antemenționate, este dat de lipsa de date publice care să susțină documentele prezentate pentru dovedirea experienței similare. La clarificările punctuale și pertinente solicitate de autoritatea contractantă se impunea din partea ofertantului un răspuns însoțit de documente care să nu lase loc de echivoc.

Mai mult, anumite informații publicate pe site-ul de internet al terțului susținător (....) sunt de natură a îndreptăți chiar bănuiala legitimă de lipsă de veridicitate, cum ar fi cele din secțiunea „Our Romanian Projects”, unde sunt nominalizate un număr de peste 20 de proiecte, pretinse a fi realizate de către terțul susținător în România, dar, referitor la care, informațiile publicate în SEAP - anunțurile de atribuire - precizează alți contractori.

Considerentele enunțate erau de natură a îndreptăți autoritatea contractantă la efectuarea de verificări suplimentare cu privire la susținerea experienței similare a contestatoarei, iar în situația în care clarificările solicitate de autoritatea contractantă erau considerate a fi excesive sau nejustificate, acestea puteau fi contestate și probate ca atare în termenul legal raportat la data luării la cunoștință de conținutul adresei de clarificări.

Nefiind contestate, clarificările solicitate au fost însușite de contestatoare care, astfel, era obligată la a furniza răspunsuri și probe concludente în lămurirea aspectelor supuse clarificării.

Astfel, prin răspunsul nr. 1781/21.05.2015, contestatoarea a prezentat copie conform cu originalul, însoțită de traducere autorizată și legalizată în limba română, a Scrisorii de informații adiționale nr. GBC/DWS68-11/312 din data de 15 iulie 2014, din care reiese că Ingineria Y Constructora Rosarito SA este beneficiarul lucrărilor în calitate de administrator public al proiectului „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”.

Prin răspunsul nr. 1781/21.05.2015 a transmis Planul de amplasament, Planul de alimentare cu apă potabilă, Planul sistemului de instalații pentru alimentarea cu apă potabila și Planul de canalizare. Pentru identificarea locului districtului Paseos del Vergel, Orașul Tijuana cât și a barajului Presa El Carrizo, recomandă utilizarea site-ului Google Maps.

Prin răspunsul nr. 1781/21.05.2015, referitor la cele două denumiri de locații menționate în contract, contestatoarea precizează că „Orașul Tijuana face parte din statul federal Baja California și este împărțit în 9 sectoare. Districtul Paseos del Vergel Face, parte din sectorul Delegacion la Presa, fiind o diviziune administrativă (cartier) a orașului Tijuana. Presa el Carizo este un rezervor de apă, situate în Baja California, la sud de orașul Tecate și furnizează 95% din apă potabila pentru Tijuana și Rosarito Beach”.

Prin răspunsul nr. 1781/21.05.2015, la articolele de lege referitoare la acordarea susținerii tehnice și profesionale, precum și la documentele

depusă inițial în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, se menționează că terțul susținător acordă susținere cu privire la experiența similară, respectând legislația în vigoare în România și consideră că documentele prezentate pentru demonstrarea experienței similare (contractul și certificatul de acceptare finală) sunt în măsură să garanteze îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale.

De asemenea, prin răspunsul nr. 1.4 din adresa nr. 612/23.06.2015, contestatoarea a enumerat documentele relevante ce au fost depuse deja la dosarul autorității contractante și a menționat că din aceste documente „reiese clar că lucrările au fost executate în conformitate cu cerințele beneficiarului și cu clauzele contractuale”. Ofertantul a prezentat copie însoțită de traducere legalizată a Ordinului de începere a lucrărilor seria GBC/DWS68-11/084/2 FEBRUARIE 2011, emis de către Ingineria Y Constructora Rosarito SA.

Totodată, contestatoarea a enumerat, pentru exemplificare, alte proceduri de atribuire în cadrul cărora a acordat susținere tehnică și profesională.

Având în vedere incertitudinile și neclaritățile generate de neconcordanța între dimensiunile mari ale contractului prezentat, respectiv 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă și locul execuției rețelelor de apă și canalizare, respectiv districtul (cartierul) Paseos del Vergel ce se întinde, conform declarației ofertantului, pe o suprafață de 671.573,35 m² (mai puțin de 1km²), suprafață ce nu justifică realizarea celor 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă declarați, autoritatea contractantă arată că a transmis solicitarea de clarificări nr. 1.4 prin adresa nr. 612/23.06.2015.

În acest context, autoritatea contractantă menționează că autoarea contestației nu a prezentat detalii, precizări sau confirmări suplimentare referitoare la modul de îndeplinire al cerinței privind experiența similară, respectiv documente relevante (situații de plată/situații de lucrări, planșe/planuri) confirmate/contrasemnate de beneficiarul lucrării, din care să reiasă clar lungimea rețelei de apă și lungimea rețelei de canalizare realizate la locul execuției rețelelor, respectiv districtul (cartierul) Paseos del Vergel, în cadrul contractului prezentat ca experiență similară.

În concluzie, susține autoritatea contractantă, contestatoarea nu dovedește lungimea rețelelor de apă și de canal executate și duse la bun sfârșit de terțul susținător în lungimea minimă solicitată (cel puțin 40 km de rețele de canalizare și cel puțin 30 km de rețele de apă), în cadrul contractului prezentat ca experiență similară.

În opinia autorității contractante, contestatoarea nu a demonstrat susținerea de care beneficiază. Ținând cont că lucrările ce fac obiectul prezentului contract se vor executa în România, iar terțul susținător are sediul pe alt continent, acesta nu a arătat într-un mod concludent, prezentând și dovezi în acest sens, că terțul susținător va putea să își deplaseze resursele, utilajele, personalul, astfel încât să intervină

eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesită acest lucru.

Deși comisia de evaluare a solicitat în mod repetat clarificări (solicitarea de clarificări nr. 3 transmisă cu adresa nr. 581/06.05.2015 și solicitarea de clarificări nr. 2 transmisă cu adresa nr. 612/23.06.2015) privind modul de implicare al terțului susținător și accesul ofertantului la resursele/utilajele/personalul terțului susținător, contestatoarea nu a demonstrat susținerea de care beneficiază.

Mai mult, prin răspunsul 2 la solicitarea de clarificări nr. 612/23.06.2015, contestatoarea a prezentat, cu scopul de a demonstra capacitatea terțului susținător, o copie însoțită de traducerea autorizată a scrisorii Linie de Credit - Cash Flow nr. 3148/11 mai 2015, eliberată de RoBankCo Belize, pentru suma de 4.000.000 USD.

Din scrisoare reiese că „această garanție bancară - linie de credit intră în vigoare și produce efecte în momentul în care va accepta și va semna contractul menționat mai sus cu SC

Prin răspunsul sau, contestatoarea face trimitere la documentele prezentate inițial (contract, certificatul de acceptare finală și Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională), susținând că documentele prezentate sunt suficiente pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței.

Deși comisia de evaluare nu a solicitat demonstrarea capacității financiare a terțului susținător, din analiza Scrisorii - Linie de credit prezentată reiese că aceasta nu poate produce efecte, deoarece în cuprinsul scrisorii este menționată condiția în care aceasta intră în vigoare și produce efecte, respectiv în momentul în care terțul susținător va accepta și va semna contractual cu SC, iar această condiție nu va putea fi îndeplinită deoarece terțul susținător nu are competența și calitatea de a accepta și de a semna contractul de achiziție publică cu SC

Mai mult, ținând cont că lucrările ce fac obiectul prezentului contract se vor executa în România, iar terțul susținător are sediul pe alt continent, autoritatea contractantă precizează că autoarea contestației nu a prezentat concret care sunt resursele/utilajele/personalul, după caz, pe care terțul susținător le va putea mobiliza și nu a arătat modul în care acesta și-a asumat că va interveni, astfel încât să intervină eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesita acest lucru. Contestatoarea nu a demonstrat că terțul susținător va putea să intervină în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.

Referitor la terțul susținător, autoritatea contractantă susține că aceeași contestatoare, în cadrul altei proceduri de atribuire, are o interpretare diferită și contrară privind îndeplinirea criteriilor de calificare, în cazul susținerii acordate de către același terț susținător, susmenționat.

Astfel, la pag. 25-27 din contestația nr. 9181/30.06.2014, SC SRL menționa următoarele:

(...) În doctrina și practica judiciară de specialitate s-a arătat că interpretarea acestor dispoziții legale terțului susținător are obligația de a depune acte doveditoare din care să rezulte că deține capacitatea tehnică necesară în vederea susținerii participantului la procedura de achiziție publică.

Corelativ și autoritatea contractantă are obligația de a verifica dacă sunt îndeplinite condițiile privind susținerea participantului la procedura de achiziție publică și dacă există o susținere reală din partea terțului susținător.

În cazul de față SC DAS SRL a prezentat o susținere din partea SC, o societate offshore cu sediul în Panama, societate care nu a prezentat niciun document din care să rezulte că ar avea capacitatea tehnică și financiară în vederea susținerii participantului la procedura de achiziție.

Acestea în condițiile în care există o serie de informații care ridică suspiciuni cu privire la posibilitatea terțului susținător de a garanta din punct de vedere tehnic îndeplinirea contractului.

În acest context trebuie observat că din informațiile de la Registrul Comerțului din Panama, ... este o societate offshore cu un capital de 10.000 de dolari care deține o sucursală în România care a avut o cifră de afaceri de aproximativ 40.000 lei.

Mai mult decât atât, cu privire la această societate (susținătoare tehnică de profesie), respectiv, aducem în discuție Decizia CNSC nr. 938/...../456/470 care a identificat aceleași probleme ca cele semnalate mai sus (pag. 32-35 din decizie): „Consiliul apreciază că, în mod firesc, se ridică un semn de întrebare referitor la modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta desemnată câștigătoare (...) angajamentul ferm trebuie să garanteze autorității contractante îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale, Consiliul considerând că autoritatea contractantă trebuie să clarifice modul în care ... ar fi putut să asigure „resursele tehnice” având în vedere că (...) compania deține flote de utilaje grele de construcție în Statele Unite și Mexic, în condițiile în care lucrarea urmează a se executa pe un alt continent”.

În consecință, oferta depusă de SC DAS SRL este inacceptabilă întrucât nu îndeplinește cerințele minime de calificare stabilite prin documentația de atribuire fiind astfel incidente dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 (...).

În continuare, referindu-se la procedura în dispută, autoritatea contractantă precizează că oferta contestatoarei a fost declarată neconformă în temeiul dispozițiilor art. 79. alin. (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece explicațiile prezentate de ofertant prin clarificările/răspunsurile transmise nu sunt concludente.

Lucrarea care face obiectul contractului DSV 68-11/12.01.2011 executată de către terțului susținător în districtul Paseos del Vergel din Tijuana apare ca fiind supradimensionată în raport cu suprafața acestei unități administrative, fiind greu de imaginat că pe o suprafață de

671.573,35 m² (mai puțin de 1km²) se pot realiza 196 km rețea de apă și 227 km rețea de canalizare.

În acest context, arată autoritatea contractantă, comisia de evaluare nu putea să se limiteze la aspectul formal al unui angajament și al unor documente, mai ales în cazul prezentării unor documente suspecte de lipsă de veridicitate, deoarece cuprind informații care nu transpar în spațiul public și nu permit verificarea temeiniciei actelor prezentate.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că a acordat contestatoarei, conform principiului bune credințe, în mod repetat, prelungirea perioadei de răspuns, precum și șansa de a clarifica incertitudinile/neclaritățile existente în ceea ce privește documentele prezentate, referitoare la experiența similară, păstrând cerința 1 așa cum a fost formulată la pct. III.2.3. Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției și din anunțul de participare nr./.....

De asemenea, din procesele - verbale intermediare nr. 17 din 06.05.2015, nr. 19 din 22.06.2015 și nr. 23 din 24.09.2015 se poate observa respectarea de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal în cazul ofertanților participanți la procedura de atribuire, în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor de calificare.

În plus, autoritatea contractantă arată că modalitatea în care ofertantul își demonstrează capacitatea tehnică și/sau profesională, prin prezentarea susținerii acordate de către o altă persoană, precum și modul de interpretare și aplicare a legislației în materia achizițiilor publice, privind obligația/obligațiile pe care le are un terț susținător, astfel cum au fost prevăzute în art. 186, art. 190 din OUG nr. 34/2006 și art. 11¹ din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, au fost clar detaliate prin Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015 emisă de ANRMAP, publicată în Monitorul Oficial nr. 675/04.09.2015.

De altfel, modul de interpretare în practică a prevederilor art. 186, art. 190 din OUG nr. 34/2006 și ale art. 11¹ din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, referitoare la terțul susținător a fost stabilit de jurisprudența europeană prin Cauza C-176/98 Holst Italia SPA c. Comune di Cagliari a Curții Europene de Justiție, cauza C-305/08, CoNISMa (Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) împotriva Regione Marche și cauza C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH,

În acest context, având ca reper legislația privind achizițiile publice și jurisprudența CJUE, autoritatea contractantă apreciază că orice decizie privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a acesteia.

Prin adresa nr. din, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., SC SRL a depus o cerere de intervenție în interes propriu, prin care a solicitat Consiliului respingerea contestației înaintate de SC SRL ca

nefondată, menținerea tuturor actelor autorității contractante și continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Pe de o parte, intervenienta face o descriere detaliată a etapelor procedurii de atribuire în discuție, cu evidențierea faptului că decizia autorității contractante cu privire la caracterul inacceptabil al ofertei contestatoarei sunt perfect întemeiate, contestația fiind nefondată dar și abuzivă, deoarece terțul susținător al contestatoarei nu a executat niciodată lucrările aferente contractului DWS-68-11 din 12.01.2011 încheiat de către terțul susținător (....) din Republica Panama cu Ingenieria y Constructora Rosarito.

Totodată, intervenienta arată că, într-o procedură similară, „MS-VS-RB-01 Aducțiunea Voiniceni - Sărmașu - Reabilitarea Conductei de aducțiune, Stații de pompare și rezervoare apă potabilă” organizată de Compania Aquaserv SA din (la care, atât societatea cât și contestatoarea au avut calitatea de ofertanți), prin decizia nr. 4235/R din 04 iulie 2014, Curtea de Apel a stabilit, în mod definitiv, că intimata din dosarul sus-menționat „nu a făcut dovada că terțul susținător (....) dispune de experiență similară”.

Obiectul plângerii a constatat, în special, în verificarea documentelor privind experiența similară a terțului susținător referitoare la Contractul DWS-68-11 „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo”, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în Districtul Paseos del Vergel.

Instanța a constatat, în mod direct, că unul dintre documentele depuse la dosarul cauzei (fila) nu emană de la Comisia de Stat de Servicii Publice Tijuana (CESPT).

Astfel, petenta din dosarul sus-menționat a dovedit că lucrările ce fac obiectul Contractului DWS-68-11 din 12 ianuarie 2011 nu au fost executate de către terțul susținător (....), ci de o altă societate, respectiv Viveica SA de CV.

Mai mult, din adresa emisă de către Comisia de Stat a Serviciilor Publice din Tijuana la 23 aprilie 2014 rezultă și faptul că lungimea rețelelor de alimentare cu apă și a sistemului de canalizare este mult mai mică decât cea indicată de terțul susținător.

Total rețele alimentare cu apă: 14.920,60 m;

Rețea de apă potabilă - 13.035,70 m;

Alimentare Rezervor 3 -1.482,30 m;

Alimentare Rezervor 1 și 2 - 402,60 m;

Total sistem canalizare: 15.....,90 m;

Rețea de canalizare - 14.463,10 m;

Refulare - 780,80 m.

Prin urmare, nici nu poate fi vorba de executarea a 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă.

De altfel, susține intervenienta, contractul menționat de către contestatoare nu este nici măcar finalizat, așa cum rezultă, în mod expres, din cadrul răspunsului emis de către Comisia de Stat a Serviciilor Publice din Tijuana, care menționează următoarele: drept pentru care lucrările în cauză nu au fost livrate acestei comisii.

Drept urmare, motivele invocate de către autoritatea contractată în cadrul raportului procedurii și adresei nr. 2028/..... referitoare la inacceptabilitatea și neconformitatea ofertei contestatoarei sunt confirmate de Curtea de Apel, dar și de către organismele abilitate din Mexic care au menționat că lucrarea a fost efectuată de către o altă societate decât cea care pretinde că a executat-o și că lucrarea are alt obiect decât cel menționat de către contestatoare.

Din acest punct de vedere, susține intervenienta, se poate observa că oferta contestatoarei este inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerințele minime de calificare stabilite prin documentația de atribuire, respectiv nu a făcut dovada experienței similare, fiind astfel incidente dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

În ceea ce privește neconformitatea ofertei contestatoarei, intervenienta arată că, la solicitarea de clarificări nr. 612/23.06.2015, prin care autoritatea contractantă a solicitat prezentarea modului concret de implicare a terțului susținător (....), contestatoarea a răspuns în mod neconcludent.

Intervenienta susține că terțul susținător este o societate de tip off-shore, înregistrată în statul Panama, care nu are angajați și nici utilaje de construcții și care nu a desfășurat niciodată vreo activitate lucrativă.

Mai mult, terțul susținător nu a executat lucrările menționate în contractul DWS DWS-68-11, astfel cum rezultă în mod expres din adresa emisă de CESPT la solicitarea Petentei Tecnicas de Desalinizacion de Aguas SA din dosarul nr. 174/43/2014.

Scrisoarea Linie de Credit - Cash Flow nr. 3148/11 mai 2015, eliberată de RoBankCo Belize, pentru suma de 4.000.000 USD, emisă în favoarea, nu poate produce efecte juridice, contestatoarea trebuind să facă dovada că terțul susținător se poate implica activ în derularea contractului, astfel cum prevăd dispozițiile art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006.

În opinia intervenientei, nici Decizia CJUE pronunțată în cauza Ballast Nedam Groep I, invocată în cuprinsul contestației, nu este favorabilă autoarei acesteia, deoarece acesta prevede în mod expres, la punctul 31, că un ofertant trebuie să poată demonstra că poate dispune de resursele acestor entități care îi sunt necesare pentru realizarea contractului.

Neconcludent este, arată intervenienta, acel răspuns ce nu permite, cu un grad suficient de acuratețe, verificarea veridicității afirmațiilor din ofertă, cu alte cuvinte, cu ocazia verificărilor întreprinse de autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (3) și art. 35 din HG nr. 925/2006, raportate la cele ale art. 201 alin. (1) și art. 187 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, s-a constatat că așa-zisul angajament ferm al terțului susținător era unul strict formal, terțul susținător neputând să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale în situația în care ofertantul pe care îl susține ar întâmpina greutate în perioada de execuție a lucrărilor contractuale.

Având în vedere argumentele sus-menționate, intervenienta consideră că autoritatea contractantă a făcut un mod corect aplicarea prevederilor art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

În continuare, intervenienta supune atenției Consiliului faptul că aceasta este a doua contestație promovată de SC SRL în cadrul acestei proceduri de atribuire. Prin Decizia nr. 1227/...../1884 din 30.07.2015, CNSC a respins ca nefondată contestația nr. 2371/26.06.2015. Decizia CNSC a fost menținută și de Curtea de Apel

Or, având în vedere Decizia Curții de Apel nr. 4325 R/ 04.07.2014, rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că autoarea contestației cunoștea că terțul susținător din Panama nu poate face dovada experienței similare.

Având în vedere argumentele sus-menționate, intervenienta solicită Consiliului să constate caracterul abuziv al contestației formulate de SC SRL și să dispună reținerea de către autoritatea contractantă a garanției de bună conduită, constituită conform prevederilor art. 2711 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Ulterior, urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. TM 158601.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 5531/01.03....., SC SRL a transmis Consiliului concluzii scrise, prin care solicită admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată.

Fără a relua considerentele deja expuse pe larg în cadrul cererii de intervenție, autoarea acesteia prezintă succint o serie de aspecte referitoare la caracterul inacceptabil și neconform al ofertei contestatoarei.

Astfel, intervenienta arată că, prin Decizia nr. 2879/15.09.2015, Curtea de Apel, Secția de Contencios administrativ și fiscal, a stabilit în mod definitiv faptul că „solicitarea autorității contractante de a fi precizat care este modul concret de a pune la dispoziție resursele necesare pentru a asigura executarea contractului este pe deplin îndreptățită”. Analizând înscrisurile de la dosarul cauzei, Curtea a considerat că „nu au fost prezentate suficiente dovezi că terțul susținător este o societate funcțională, capabilă să preia executarea lucrării în situația în care ofertantul în cauză nu poate să-și îndeplinească obligațiile asumate”.

De altfel, instanța a considerat (și a confirmat raționamentul CNSC din cuprinsul Deciziei nr. 1227/...../1184 din 30.07.2015) că solicitarea de clarificări era necesară pentru că „acest terț (n.n. cu sediul în Panama City, Republica Panama) este, de asemenea, o persoană juridică cu o existență incertă, informațiile publice despre aceasta limitându-se la un site internet cu informații despre sediile companiei și sucursalelor și câteva implicări ale acestei firme în dosare ale CNSC (...)”.

Astfel, susține intervenienta, raportat și la considerentele deciziei Curții de Apel, contestatoarea, trebuia ca prin răspunsul la solicitarea de clarificări să prezinte modul concret prin care terțul susținător ar urma să pună la dispoziție resursele necesare și să asigure

executarea contractului, în cazul în care ofertantul susținut de terțul ar întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii obligațiilor contractuale.

În fapt, acesta reprezintă chiar transpunerea în practică a prevederilor art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006.

Totodată, arată intervenienta, prin adresa nr. 612/23.06.2015, autoritatea contractantă a solicitat punctual contestatoarei să:

- prezinte informații publice certe cu privire la contractul „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”;

- clarifice existența și domeniul de activitate al beneficiarului lucrărilor Ingenieria Y Constructora Rosarito SA;

- prezinte documente relevante (situații de plată/situații de lucrări, planșe/planuri) confirmate/contrasemnate de beneficiarul lucrării, precum și autorizația de construire, din care să reiasă clar lungimile rețelelor de apă și canalizare realizate în cadrul contractului prezentat ca experiență similară.

În încercarea de a prezenta un răspuns cât mai complet și edificator, prin adresa nr. 3167/18.08.2015, contestatoarea a transmis autorității contractante un document intitulat „Adresă emisă de Comisia Serviciilor Publice a orașului Tijuana la data de 04 martie 2014” din care reiese calitatea Ingenieria Y Constructora Rosarito SA, acesta fiind beneficiarul lucrărilor în calitate de administrator public al proiectului prezentat în dovedirea cerinței privind experiența similară.

Or, Autenticitatea acestui document a fost infirmată de Curtea de Apel prin Decizia nr. 4325/R din 04 iulie 2014 (filele 15-16 din Decizia nr. 4325/ R din 04 iulie 2014).

Spre confruntare, intervenienta depune anexat înscrisul care a fost analizat de Curtea de Apel și traducerea aferentă, înscris care este identic cu cel transmis de SC SRL autorității contractante împreună cu răspunsul nr. 3167/18.08.2015.

Astfel, contestatoarea nu doar că nu reușește să convingă autoritatea contractantă cu privire la lucrare prezentată în susținerea experienței similare a terțului susținător Panama, ci depune documente care nu emană de la Comisia de Stat a Serviciilor Publice a orașului Tijuana, după cum a concluzionat și Curtea de Apel

Pe de altă parte, intervenienta susține că autoarea contestației nu a prezentat autorității contractante documentele solicitate: situații de plată, situații de lucrări, autorizația de construire - din care să reiasă clar lungimile rețelelor de apă și canalizare realizate în cadrul contractului prezentat ca experiență similară.

În concluzie, apreciază intervenienta, este evident faptul că autoarea contestației nu a făcut dovada că terțul său susținător dispune de experiență similară - motiv pentru care oferta este inacceptabilă raportat la dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. II a autorității contractante privind „modul concret în care terțul susținător se va putea

implica direct și va putea pune la dispoziția ofertantului resursele necesare pentru realizarea contractului respectiv să prezinte dovezi care să confirme că „terțul susținător va putea să își deplaseze resursele în România, astfel încât să intervină eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesita acest lucru (în condițiile în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului)”, din analiza răspunsului sus-menționat, rezultă faptul că autoarea contestației a transmis un răspuns neconcludent, respectiv nu a transmis dovezile solicitate ci alte înscrisuri care nu aveau nicio legătură cu solicitarea autorității contractante.

Înscrisul denumit „Linie de credit-cash flow (pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică)” emis la data de 11.05.2015 de banca RoBankCo din Belize (o bancă cu o existență la fel de incertă ca și a terțului susținător) nu face dovada că terțul susținător va putea să își deplaseze resursele, utilajele, personalul în România pentru a interveni în mod eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care ofertantul ar întâmpina dificultăți în executarea contractului.

În replică, prin adresa 877/01.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 5929/04.03....., SC SRL a transmis Consiliului documentul intitulat Note de concluzii, prin care solicită admiterea contestației sale așa cum a fost formulată.

Pe de o parte, contestatoarea reclamă inadmisibilitatea cererii de intervenție înaintate de SC SRL, precizând că aceasta este, în fapt, o cerere de intervenție în nume propriu. Fiind socotită o cerere principală, această cerere trebuia, în opinia contestatoarei, să îndeplinească atât condițiile de admisibilitate prevăzute pentru cererea de intervenție (art. 62 și art. 63 din Codul de procedură civilă) cât și pe cele de legate de termenele legale de formulare.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că susținerile intervenientei sunt lipsite de temei juridic.

Referitor la Decizia Curții de Apel pe care o aduce în discuție intervenienta, contestatoarea susține că documentele analizate de Curtea de Apel sunt cu totul altele decât cele depuse în prezenta procedură. Or, Decizia este motivată exclusiv pe faptul că înscrisul depus de intimata SC Geiger Transilvania SRL (nn. adresa A201411504/05 iunie 2014) nu emană de la Comisia de Stat a Serviciilor Publice Tijuana.

Prin urmare, soluția dosarului a fost luată de instanța de judecată în baza altor documente și date, și nu poate fi luată în considerare pentru a stabili nedovedirea experienței similare din această speță, cu atât mai mult cu cât Decizia Curții de Apel menționată anulează cele reținute de CNSC în cadrul Deciziei nr. 1069/...../848/867 din 14.04.2014 și anume că oferta Asocierii SC Geiger Transilvania SRL - SC Lasprom SRL îndeplinește cerințele minime de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

În Decizia nr. 1069/...../848/867 din 14.04.2014, Consiliul a reținut următoarele aspecte cu privire la acest contract ce este depus ca și experiență similară: „contestatorul nu prezintă dovezi concrete din

care să rezulte că terțul susținător nu există sau nu a fost executat contractul prezentat ca lucrare similară, ci se limitează la afirmații bazate pe informațiile contradictorii primite de la colaboratorii din Mexic (fie nu există lucrarea, fie că sunt modificate cantitățile executate) și la interpretări ale faptului că documentele în cauză, deși au momente de emitere diferite, au semnatori diferiți, ca urmare, verificarea amănunțită, solicitată de acesta, pe de o parte, nu este justificată prin probele prezentate de contestator (nn. același ca în speța de față) iar, pe de altă parte, dacă autoritatea contractantă ar fi făcut-o, ar fi încălcat principiul recunoașterii reciproce și proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 alin. (2) lit. c) și e) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare”.

Mai mult, deși se afirmă că „petenta din dosarul sus-menționat a dovedit, în mod definitiv, că lucrările ce fac obiectul contractului DWS-68-11 din data de 12.01.2011 nu au fost executate de terțul susținător”, acestea rămân simple speculații ale intervenientei, din cadrul deciziei nereieșind că instanța s-ar fi pronunțat cu privire la acest aspect sau că petenta l-ar fi invocat.

De altfel, contestatoarea susține că nu a fost parte în litigiul desfășurat la Curtea de Apel și, prin urmare, nu avea cum să ia la cunoștință de această Decizie și de documentele în baza cărora a fost luată.

În aprecierea justeții și legalității informațiilor oferite în dovedirea cerinței minime de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă ar fi trebuit, consideră contestatoarea, să aibă în vedere documentele semnate de către părți (contractual DWS-68-11, Certificatul de acceptare finală GBC/_FCC/DWS-68-11 din 19 decembrie 2012, precum și planurile conexe acestora) și confirmate de către Comisia Statală a Serviciilor Publice Tijuana - autoritate publică care confirmă, prin adresa din 04 martie 2014, faptul că Proiectul DWS-68-11 a fost executat de către Ingineria v Constructora Rosarito SA, iar construcția a fost realizată de către terțul susținător din speță, ...

În continuare, SC SRL reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la îndeplinirea cerinței minime de calificare cu privire la capacitatea tehnică și profesională.

În ceea ce privește punctul de vedere al autorității contractante, contestatoarea prezintă un singur aspect care demonstrează, fără echivoc, încălcarea principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în special principiul egalității de tratament și cel al recunoașterii reciproce.

Astfel, arată contestatoarea, prin adresa nr. 8296/16.06.2014, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că, în cadrul contractului având ca obiect „Extinderea rețelelor de apă și canalizare în aglomerarea Vorona” din cadrul aceluiași Proiect, „Extinderea și reabilitarea rețelelor de apă și canalizare în ZAA”, ofertantul câștigător era SC DAS SRL. Or, acest ofertant a beneficiat de experiența similară oferită de, experiență similară concretizată în contractul nr. DWS-68-11 din 12

ianuarie 2011 și Certificatul de acceptare finală GBC/FCC/DWS-68-11 din 19 decembrie 2012.

Față de toate aceste considerente, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă, în mod abuziv și nelegal, a respins oferta sa ca inacceptabilă și neconformă, motiv pentru care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată și amendată prin prezentele concluzii.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „.....”, coduri CPV 45000000-7 - Lucrări de construcții (Rev.2), 45231300-8 - Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), 45232152-2 - Lucrări de construcții de stații de pompare (Rev.2), SC (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din, la care a atașat documentația de atribuire.

Comisia de evaluare și-a finalizat activitatea, prin întocmirea raportului procedurii nr. 1842 din 29.01.....

Decizia privind rezultatul aplicării procedurii i-a fost comunicată SC SRL, prin adresa nr. 2028 din, respectiv faptul că oferta acestei societăți a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, așa cum s-a cerut prin fișa de date a achiziției, și ca neconformă, potrivit art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, deoarece clarificările/răspunsurile transmise nu au fost considerate concludente.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 448.520,00 lei), solicitând anularea actului atacat, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește decizia autorității contractante referitoare la oferta sa, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat în cursul soluționării prezentei contestații.

De asemenea, Consiliul reține că, în cauza prezentă, SC SRL a formulat o cerere de intervenție în interes propriu, demers ce a fost încunoștiințat părților interesate.

Apreciind asupra admisibilității ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenție sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii actualei finalități a procedurii, față de oferta contestatoarei. În consecință, cererea de intervenție înaintată de SC SRL îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 61 alin. (3) și art. 63 din Codul de procedură civilă, adică a unei intervenții accesorii.

Consiliul consideră cererea de intervenție admisibilă în principiu, urmând a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile

impuse de dispozițiile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă, autoarea ei prezentând interes în finalizarea procedurii de atribuire.

Preliminar, Consiliului reține faptul că, în cadrul prezentei proceduri, au fost depuse și contestațiile formulate de SC TEHNIC ASIST SRL și SC SRL, formulate împotriva documentației de atribuire, respectiv a solicitării de clarificări a ofertei nr. 612/23.06.2015, în soluționarea lor fiind emise de către Consiliu deciziile nr. 1079/C2/..... din 15.04.2014 și nr. 1227/...../1184 din 30.07.2015.

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare vizând experiența similară, solicitată de autoritatea contractantă, prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.3) „Capacitatea tehnică”, ofertanta SC SRL a invocat susținerea acordată de terțul, prezentând și următoarele documente:

- Formularul nr. 8A - Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului;

- Formular nr. 8C - Lucrări executate în ultimii 5 ani;

- Contractul nr. DWS-68-11 din 12.01.2011, având ca obiect „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”, încheiat între Ingenieria y Constructora Rosarito SA (beneficiar) și (contractant);

- Certificat de acceptare finală nr. GBC/FCC/DWS-68-11/19.12.2012, emis de Ingenieria y Constructora Rosarito SA, cu sediul în Avenida Mexico 193-8, Zona Norte, Tijuana, Baja California, Mexic 22000, din care reiese că, în cadrul contractului DWS-68-11 din 12.01.2011, au fost executate 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă.

Prin adresele nr. 581 din 06.05.2015 și nr. 612 din 23.06.2015, autoritatea contractantă a solicitat SC SRL clarificări privind îndeplinirea cerinței de experiență similară, astfel:

- adresa nr. 581 din 06.05.2015:

„Clarificarea nr. 2:

Pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară a fost prezentat contractul „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”, precum și certificatul de acceptare finală a lucrărilor.

2.1 Precizați și prezentați documente din care să reiasă dacă beneficiarul lucrărilor, respectiv dacă Ingenieria y Constructora Rosarito SA este o societate privată sau un beneficiar final care administrează rețelele realizate.

2.2 Precizați care este locul execuției lucrărilor (cerința din Fișa de date a achiziției), detaliați dacă acesta este cartier, localitate, sau altă unitate administrativ teritorială, zona, statul, și prezentați detalii privind amplasamentul lucrărilor, din care să reiasă în mod clar unde anume au fost executate lucrările ținând cont de dimensiunile mari ale contractului, respectiv a celor 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă,

prezentând și documente doveditoare, având în vedere că nu poate fi identificat locul și nici amplasamentul lucrărilor.

2.3. Precizați dacă cele două denumiri din contract, respectiv „Presa El Carrizo” și „districtul Paseos del Vergel” sunt cartiere, localități sau orice alte unități administrativ teritoriale, zona, statul.

Clarificarea nr. 3:

Având în vedere susținerea tehnică acordată de terțul susținător SC ..., prezentați posibilitatea concretă de punere în practică a susținerii invocate, respectiv dovediți accesul efectiv la resursele, facilitățile, experiența etc. ce aparțin persoanei care are calitatea de terț susținător, respectiv dovediți că terțul susținător dispune de resursele pe care se angajează că le pune la dispoziția ofertantului și că acestea pot fi puse la dispoziția ofertantului în orice moment, în mod necondiționat.”

- adresa nr. 612 din 23.06.2015:

„Clarificarea nr. 1:

Având în vedere dimensiunile mari ale contractului „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”, respectiv execuția celor 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă, precum și informațiile publice din cadrul site-ului Google Maps, conform cărora districtul (cartierul) Paseos del Vergel s-ar întinde pe o suprafață de aproximativ 1 (unu) km², suprafața ce nu justifică realizarea celor 227 km rețea de canalizare și 196 km rețea de apă declarați,

vă solicităm următoarele detalii, precizări sau confirmări suplimentare referitoare la modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară:

1. Prezentați surse de informare publică care să ateste existența și domeniul de activitate al beneficiarului lucrărilor Ingenieria Y Constructora Rosarito SA.

2. Prezentați documente justificative care să ateste relația dintre Ingenieria Y Constructora Rosarito SA în calitate de administrator al orașului, beneficiar final al lucrărilor și municipalitatea din Tijuana.

3. Prezentați informații publice referitoare la existența unui anunț de intenție și/sau anunț de participare, precum și a unui anunț de atribuire privind contractul prezentat ca experiență similară, publicate în cadrul sistemului electronic de informații publice privind achizițiile publice din Mexic.

4. Prezentați documente relevante (situații de plată/situații de lucrări, planșe/planuri) confirmate/contrasemnate de beneficiarul lucrării, precum și autorizația de construire, din care să reiasă clar lungimile rețelelor de apă și canalizare realizate în cadrul contractului prezentat ca experiență similară.

Clarificarea nr. 2:

Având în vedere faptul că lucrările ce fac obiectul prezentului contract se vor executa în România, iar terțul susținător ... ce deține resurse are sediul pe alt continent, arătați modul concret în care terțul susținător se va putea implica direct și va putea pune la dispoziția

ofertantului resursele necesare pentru realizarea contractului, respectiv arătați într-un mod concludent, prezentând și dovezi în acest sens, că terțul susținător va putea să își deplaseze resursele, astfel încât să intervină eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesită acest lucru (în condițiile în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului)."

Ca răspuns la aceste cereri ale autorității contractante, SC SRL a prezentat acesteia următoarele documente:

- adresa GBC/DWS68-11/312 din 15.07.2014, emisă de Ingenieria y Constructora Rosarito SA, beneficiar în Contractul nr. DWS-68-11 din 12.01.2011, invocat ca experiență similară, constituind o recomandare pentru contractantul din același contract;

- schițe de plan al lucrării „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”;

- adresa emisă la data de 04.03.2014 de către Comisia Statală a Serviciilor Publice Tijuana care certifică execuția lucrărilor „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel” de către

- istoric privind înființarea Comisiei Statale a Serviciilor Publice Tijuana;

- o descriere a societății Ingenieria y Constructora Rosarito SA (obiectiv, viziune, identitate);

- ordin de începere a lucrărilor „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”;

- anunț din presă referitor la încheierea contractului privind lucrările „Proiectarea și execuția sistemului de alimentare cu apă potabilă din Presa El Carrizo, a sistemului de distribuție a apei potabile și a sistemului de canalizare în districtul Paseos del Vergel”;

- linie de credit – cash flow deschisă de RoBankCo pentru, a cărei intrare în vigoare este determinată de acceptarea și semnarea de către, cu SC, a contractului „.....”.

Analizând aspectele de fapt expuse, Consiliul reține, pe de o parte, legalitatea solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă ofertantei SC SRL, date fiind atât dispozițiile art. 11 alin. (3) și art. 35 din HG nr. 925/2006, art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cât și cele statuate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor prin decizia sa nr. 1227/...../1184 din 30.07.2015, menținută prin decizia nr. 2879 din 15.09.2015, pronunțată de Curtea de Apel (care a respins ca nefondată plângerea împotriva deciziei Consiliului).

Pe de altă parte, Consiliul observă că ofertanta nu a răspuns solicitărilor autorității contractante, în sensul că nu a prezentat acesteia dovezile cerute.

Astfel, față de clarificarea 3 din adresa nr. 581 din 06.05.2015 și față de clarificarea 2 din adresa nr. 612 din 23.06.2015, singurul document prezentat a fost actul privind linia de credit – cash flow deschisă de RoBankCo pentru, linie de credit ineficientă, de vreme ce își produce efectele la încheierea contractului între și SC, în calitatea sa de persoană susținătoare a ofertantei SC SRL pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de experiență similară, ... neîncheind contract cu autoritatea contractantă din prezenta procedură (SC). Contractul de achiziție publică ce va fi atribuit se va încheia între autoritatea contractantă și operatorul economic care a depus ofertă în prezenta procedură, terțul susținător neavând calitatea de parte semnatară a contractului de achiziție publică. Legătura juridică existentă între autoritatea contractantă și terțul susținător rezidă din obligația acestuia din urmă, luată prin angajamentul de susținere, că va asigura îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, precum și din faptul că, potrivit legii, susținătorul răspunde pentru prejudiciile cauzate autorității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului. (art. 111 alin. 4 și 5 din HG nr. 925/2006).

În aceste condiții, având în vedere că nu va încheia un contract cu SC, nici linia de credit deschisă de RoBankCo nu va intra în vigoare, potrivit condiției băncii.

Consiliul observă că ofertanta SC SRL nu a depus nici un alt act, ca răspuns la nevoia de lămurire și de certitudine a autorității contractante, ce reiese din clarificarea 3 a adresei nr. 581 din 06.05.2015 și din clarificarea 2 a adresei nr. 612 din 23.06.2015.

Mai mult, având în vedere că, prin angajamentul de susținere, ... se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil să pună la dispoziția SC SRL resursele tehnice și profesionale de experiență similară, pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, era necesar să fie dovedită autorității contractante modalitatea concretă în care va fi posibilă implicarea terțului susținător în execuția contractului (efectivitatea susținerii nerezultând, exclusiv, din angajamentul de onoare al susținătorului).

În lipsa unor informații certe cu privire la modalitatea în care este dovedită îndeplinirea cerinței privind experiența similară și cu privire la capacitatea cu care și modalitatea în care terțul susținător se poate implica activ în executarea viitorului contract de achiziție publică (așa cum se angajează prin actul de susținere a ofertantei SC SRL), autoritatea contractantă era îndreptățită să respingă oferta primită, în acord cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, cele invocate de contestatoare fiind nefondate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii,

cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC SRL.

În baza art. 278 alin. (8) din ordonanța de urgență, Consiliul va respinge cererea SC SRL privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat în cursul soluționării prezentei contestații.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă de SC SRL sunt fondate, astfel încât, în baza art. 278 alin. (2) din OUG. nr. 34/2006, Consiliul va admite cererea de intervenție, mai puțin solicitarea privind dispunerea reținerii de către autoritatea contractantă a garanției de bună conduită constituită de contestatoare, dat fiind faptul că dispoziția legală (art. 2712 alin. 1 din OUG nr. 34/2006) ce stabilea obligația autorității contractante de a reține garanția de bună conduită, în cazul respingerii contestației, a fost abrogată prin Decizia Curții Constituționale nr. 5/2015.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) și art. din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

.....