

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42544/03.08.2023, formulată de către societatea ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., cu sediul profesional, ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire desfășurată prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de furnizare având ca obiect «...», cod CPV 33190000-8 Diverse aparate și produse medicale (Rev. 2), anunțului de participare nr. ..., s-au solicitat: anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13263/ 25.07.2023 și a tuturor actelor autorității contractante care au stat la baza emiterii acestuia, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SRL, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42544/03.08.2023, prin care, societatea ... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire antemenționată, organizată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Prin prezentarea succintă a cauzei, autoarea arată că a participat la licitație în calitate de ofertant. Astfel cum rezultă din Declarația de participare, la această procedură a depus ofertă doar contestatoarea.

După analizarea documentelor de calificare, autoritatea contractantă a întocmit Raportul procedurii din care rezultă că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor Legii nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016 ("*Normele de aplicare*").

Contestatoarea consideră nelegală motivarea cuprinsă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii privind evaluarea efectuată de autoritatea contractantă în privința ofertei sale, solicitând anularea Raportului procedurii și a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și reevaluarea ofertei acesteia pentru următoarele considerente:

În continuare, contestatoarea expune motivele de nelegalitate ale evaluării ofertei sale.

A. Îndeplinirea cerințelor minime referitoare la capacitatea tehnică și profesională.

Din analiza documentelor care compun oferta depusă rezultă că ... SRL a participat la aceasta procedură cu ofertă individuală, iar pentru executarea unor părți din contractul de furnizare a apelat la subcontractanții, ... SRL, ... SRL, ... și ... SRL care au depus, împreună cu ofertantul unic, toate documentele necesare prevăzute în legislația achizițiilor publice și în documentația de atribuire.

Contestatoarea citează din conținutul anunțului de participare, Secțiunea III.1 Condițiile de participare, în care autoritatea contractantă a prevăzut în sarcina ofertanților obligația de a face dovada îndeplinirii cerinței privind Capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea următoarelor documente și informații:

"Lista cu principalele furnizări de produse similare, din care să rezulte ca în ultimii 3 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor, au fost furnizate produse similare. Furnizarea de produse a căror valoare cumulată, la nivelul unui contract sau mai multe, a fost de minimum 724.000 lei (fără TVA). Ultimii 3 ani vor fi calculați până la data limită de depunere a ofertei cu mențiunea că modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventuale decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare. Pentru conversia lei/altă valută se va utiliza cursul mediu anual comunicat de BCE pentru anul respectiv (2020, 2021, 2022). Nota: Pentru îndeplinirea cerinței sunt premise produsele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului pentru care se ofertează"

Modalitatea de îndeplinire a cerinței a fost detaliată în Anunțul de participare astfel: *"Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (inclusiv pentru asociați/terți susținători/subcontractanți, dacă este*

cazul). Operatorii economici au obligația completării DUAЕ (inclusiv pentru asociați/terți susținători) ca primă dovadă a neîncadrării în situațiile de excludere și a îndeplinirii cerințelor de capacitate. Furnizările de produse similare se demonstrează prin prezentarea de certificate/documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar, din care să rezulte: - Livrarea de produse similare - valori - în lei fără tva, inclusiv pentru perioada de referință de 3 ani - perioade de livrare - beneficiari indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați. În cazul terților susținători se prezintă ca anexa la Angajamentul de susținere, documente care demonstrează modul concret de implicare în contract, conform prevederilor art. 182 din Legea nr. 98/2016."

Informațiile și documentele prezentate în cadrul ofertei contestatoarei pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională referitoare la experiența în furnizarea unor produse similare respectă în totalitate prevederile documentației de atribuire și legislația aplicabilă, contestatoarea dezvoltând susținerile sale.

Astfel, ... SRL arată că a indicat în conținutul DUAЕ faptul că beneficiază de capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului ... SRL pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de la punctul III.1.3 din Anunțul de participare, iar subcontractatul a indicat în conținutul DUAЕ faptul că a furnizat în ultimii 3 ani produse similare sau superioare celor care fac obiectul achiziției, după cum urmează:

Descriere: CTR FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR.
2790/SAP/11.11.2020

Valoare: 1680000

Moneda: RON

Data început: 11/11/2020

Data sfârșit: 31/12/2020

Beneficiari: ...

Descriere: CTR FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR.
2306202201/23.06.2022

Valoare: 129563

Moneda: RON

Data început: 23/06/2022

Data sfârșit: 23/07/2022

Beneficiari: ... SRL

Descriere: CONTRCT FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR.
23032021/23.03.2021

Valoare: 363660

Moneda: RON

Data început: 23/03/2021

Data sfârșit: 22/04/2021

Beneficiari: ...

Descriere: CONTRACT FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR. 0212202001/ 02/12/.2020

Valoare: 505600

Moneda: RON

Data început: 02/12/2020

Data sfârșit: 17/12/2020

Beneficiari: ...

Descriere: FURNIZARE HOLTER FACTURA NR. MEDHP 63/07.11.2022

Valoare: 2000

Moneda: RON

Data început: 07/11/2022

Data sfârșit: 07/12/2022

Beneficiari: ...

Descriere: FURNIZARE SPIROMETRU FACTURA NR. MEDHP 60/01.11.2022

Valoare: 10400

Moneda: RON

Data început: 01/11/2022

Data sfârșit: 01/12/2022

Beneficiari: ...

Împreună cu oferta a fost prezentat și Acordul de subcontractare nr.13/28.06.2023 încheiat între ... SRL în calitate de subcontractant și ... SRL în calitate de contractant general prin care subcontractantul și-a asumat neechivoc și obligația de a susține îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională necesară pentru îndeplinirea condițiilor de participare. Au fost anexate de asemenea și toate documentele care demonstrează îndeplinirea cerinței.

Contestatoarea susține că din informațiile aferente situației subcontractantului ... SRL prezentate în cadrul ofertei, rezultă fără putință de tăgadă faptul că cerința privind furnizarea unor produse similare sau superioare cu produsele care fac obiectul achiziției a fost îndeplinită din toate punctele de vedere, respectiv:

1. au fost prezentate contracte de furnizare a unor produse similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului pentru care se ofertează (aspect necontestat de autoritatea contractantă)

2. au fost prezentate numai contracte în care furnizarea produselor s-a realizat în ultimii 3 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor (aspect necontestat de autoritatea contractantă)

3. au fost prezentate contracte de furnizare a căror valoare cumulată a depășit suma minimă de 724.000 lei (fără TVA) prevăzută în Anunțul de participare (a depășit de aproape 3 ori suma minimă solicitată, aspect necontestat de autoritatea contractantă)

4. informațiile furnizate în conținutul DUAE și documentele prezentate îndeplinesc în totalitate cerințele cuprinse în Anunțul de

participare, au fost prezentate odată cu depunerea ofertei certificate/documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar, din care rezultă: livrarea de produse similare, valori - în lei fără tva, inclusiv pentru perioada de referință de 3 ani, perioadele de livrare, beneficiarii (aspecte necontestate de autoritatea contractantă).

Având în vedere circumstanțele prezentate, solicită să se constate că a fost îndeplinită cerința privind experiența similară în modalitatea solicitată prin documentația de atribuire și cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a dispus în mod nelegal respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă, consideră autoarea, în esență, pentru următoarele considerente:

"În cazul în care, dumneavoastră ați fi dorit ca experiența similară a societății S.C.....R.L să fie luată în considerare integral ar fi trebuit ca aceasta societate să aibă calitatea de asociat sau terț susținător cu indicarea în mod concret a resurselor, respectiv întreaga valoare a experienței similare. Declararea acestei societăți ca subcontractant face ca valoarea experienței similare care poate fi luată în calcul să fie limitată la valoarea acordului de subcontractare (7%), care, reprezintă, în același timp, și angajament ferm, conform tezei a doua a articolului 48 alin. (1) din H. G nr.395/2016."

"Prin urmare, ... SRL nu îndeplinește nici condițiile impuse de legiuitor terțului susținător, deoarece nu deține pentru produsele pe care urmează să le furnizeze ofertantul ... S.R.L avizul de funcționare în domeniul dispozitivelor medicale, emis de către Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) din cadrul Ministerului Sănătății din România, conform art. 926 din Legea nr. 95/2006."

"Astfel, potrivit art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr.395/2016, oferta depusă de ... S.R.L este declarată ca fiind inacceptabilă, și pe cale de consecință este respinsă în conformitate cu prevederile art. 137 alin (1), din același act normativ, cu modificările și completările ulterioare."

Contestatoarea consideră decizia autorității contractante de respingere a ofertei ... ca inacceptabilă și nelegală pentru motivele prezentate în Rezultatul procedurii, prin această decizie fiind încălcate următoarele dispoziții legale:

Art. 193 din Legea 98/2016

"(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) *îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;*

c) *dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.*

(3) în cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)."

În opinia sa, raportat la documentele prezentate de subcontractantul ... SRL, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 193 alin.(3) din Legea nr. 98/2016, fiind depus acordul de subcontractare și fiind completate în DUAЕ în mod corespunzător toate informațiile relevante privind îndeplinirea criteriului privind capacitatea tehnică și profesională în forma și limitele impuse prin documentația de atribuire.

Prin motivarea expusă în Rezultatul procedurii, autoritatea contractantă reinterpretează în mod greșit atât dispozițiile Anunțului de participare, cât și ale legislației achizițiilor publice, apreciază contestatoarea.

Prin anunțul de participare s-a permis dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară (parte integrantă a capacității tehnice și profesionale), citând:

"Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (inclusiv pentru asociați/terți susținători/subcontractanți, dacă este cazul)", iar dispozițiile art. 172 din Legea nr. 98/2016 prevăd explicit faptul că:

"(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens."

Or, astfel cum rezultă din Acordul de subcontractare încheiat între contestatoare și subcontractantul ... SRL, subcontractantul realizează în mod efectiv în cadrul viitorului contract activitățile de furnizare ale echipamentelor medicale pentru care a furnizat experiența similară, fiind evident că această activitate de furnizare de echipamente medicale este, contrar afirmațiilor autorității contractante, parte din implicarea subcontractantului în îndeplinirea contractului.

Tot contrar susținerilor achizitoarei, prin cerința din conținutul documentației de atribuire privind capacitatea tehnică și profesională

pentru dovedirea experienței similare autoritatea contractantă NU a solicitat prezentarea unor contracte de furnizare pentru toate produsele care fac obiectul procedurii (pentru fiecare în parte), ci doar, așa cum în mod foarte clar a fost menționat în conținutul cerinței:

"Pentru îndeplinirea cerinței sunt permise produsele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului pentru care se ofertează".

În acest sens, autoarea învederează că este lipsit de relevanță legală argumentul invocat de autoritatea contractantă referitor la nedeținerea de către subcontractant a avizului de funcționare în domeniul dispozitivelor medicale pentru echipamentele:

1. pe care nu le furnizează în cadrul Acordului de subcontractare (ci vor fi furnizate de un alt participant la oferta contestatoarei sau chiar de contractantul general, după caz, furnizor care a făcut dovada deținerii avizului ANMDM corespunzător),

2. care nu au fost prezentate de subcontractantul ... SRL ca fiind furnizate de aceasta anterior (pentru a dovedi îndeplinirea cerinței privind experiența similară).

Astfel, este ignorată în mod voit și faptul că oferta se analizează prin luarea în considerare a resurselor și capacităților tuturor membrilor grupului care au întocmit oferta și că ofertantul s-a bazat și pe capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale ale altor membri ai grupului (în speță, subcontractanți), relevă autoarea.

Totodată, afirmația autorității contractante care justifică respingerea ofertei pe motivul că subcontractantul ... SRL poate furniza experiență similară doar în valoarea procentului de subcontractare de 7% este lipsită de orice suport legal, contestatoarea solicitând aprecierea acesteia ca fiind în afara prevederilor legale și ale documentației de atribuire, prevederi obligatorii pentru toți participanții la procedură, adică inclusiv pentru autoritatea contractantă.

Concluzionând, autoarea susține încălcarea de către achizitoare a dispozițiilor legale menționate anterior, dar și a dispozițiilor art. 179 și art. 181 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu lămuririle cuprinse în Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, considerând în mod greșit faptul că documentele prezentate nu îndeplinesc cerința privind capacitatea tehnică și profesională.

B. Nesolicitarea înlocuirii subcontractantului/terțului susținător.

În opinia sa, *ad absurdum*, în situația în care s-ar putea aprecia că subcontractantul pe ale cărui capacități tehnice și profesionale se bazează ofertantul conform dispozițiilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 trebuie să îndeplinească în același timp și cerința din documentația de atribuire privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, pentru toate produsele care se află în lista care face

obiectul contractului de furnizare (deși unele dintre ele nu fac parte din oferta subcontractantului conform Acordului de subcontractare și această cerință nici nu a fost cuprinsă în această manieră în documentația de atribuire atunci când a fost descrisă modalitatea de îndeplinire a cerinței privind capacitatea tehnică și profesională), ca urmare a constatării faptului că subcontractantul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, Autoritatea contractantă avea obligația (neîndeplinită) de a îi transmite ofertantului decizia de a respinge subcontractantul propus și de a îi solicita înlocuirea acestuia în temeiul dispozițiilor art. 174 alin. (2) din legea nr. 98/2016 și/sau de a îi solicita, o singură dată, să înlocuiască terțul susținător în temeiul dispozițiilor art. 183 alin. (2) din același act normativ, întrucât, în lipsa oricărui alt candidat în procedură, această solicitare nu ar fi adus atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

În consecință, pentru toate considerentele expuse, ... SRL solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 385/2016, Legii nr. 101/2016 și ale prevederilor legale indicate în cuprinsul contestației.

Ca probă, înscrisuri.

Prin adresa nr. 42855/2179/C6/07.08.2023, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 14.487,85 lei.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, a fost depusă la dosarul cauzei, în origina, în data de 08.08.2023, recipisa de consemnarea a cauțiunii nr. din 08.08.2023, în valoare de 14.487,90 lei, emisă de CEC BANK, Sucursala ..., înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 43340/08.08.2023.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 42791/04.08.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 13847/04.08.2023, solicitând respingerea contestației formulată de ... SRL ca fiind nefondată având în vedere considerentele expuse mai jos.

Asupra procedurii în cauză, achizitoarea precizează că a fost publicat anunțul de participare în SEAP, având numărul ... din data de 26.05.2023 și anunțul de participare publicat în JOUE 2023/S 102-322433 din 30.05.2023.

Cu privire la contestatoarea ... SRL, aceasta a înțeles să depună oferta în cadrul procedurii sus menționată, postând în SEAP oferta sa în data de 26.05.2022 (a se vedea anexa nr.1), din care rezultă că a subcontractat un procent de 11 % din valoarea totală ofertată, către 4 operatori economici, respectiv către:

1. CENTRU JUDEȚEAN DE APARATURĂ MEDICALĂ prin Acordul de subcontractare nr.14/28.06.2023, procent 1% din valoarea ofertei, având ca obiect: Serviciile de instalare, punere în funcțiune, instruire

personal și service în perioada de garanție, pentru - Negatoscop- 2 buc, Aspirator chirurgical- 1 buc, Lampa chirurgicala mobila- 4 buc, Lampa examinare cu braț mobil- 1 buc, Fierăstrău electric pentru gips - 1 buc, Laser dermatologic - 1 buc, Lampa LED de cap- 1 buc, Pulsoximetru- 2 buc, Pistol pentru puncție biopsica- 1 buc, Spirometru cu imprimanta și display- 1 buc, Electroencefalograf- 1 buc, Electrodermatom - 2 buc (anexa nr.2).

2. ... SRL prin Acordul de subcontractare nr.15/28.06.2023- fără procent de subcontractare, avand ca obiect: Servicii de instalare, instruire personal și service în perioada de garanție pentru următoarele echipamente: - Electrocauter portabil - 1 buc (anexa nr.2).

În urma solicitării de clarificări rezultă că : *„Valoarea serviciilor oferite de subcontractant reprezintă 1 % din valoare contractului de achiziție.”*

3. ... SRL prin Acordul de subcontractare nr.16/28.06.2023, fără procent de subcontractare, avand ca obiect: Servicii de livrare pentru următoarele echipamente:

1.Fierăstrău electric pentru gips - 1 buc

2.Electrodermatom (Meshgraft) - 2 buc (anexa nr.2).

În urma solicitării de clarificări rezultă că : *„Valoarea serviciilor oferite de subcontractant reprezintă 2 % din valoare contractului de achiziție.”*

4. ... SRL prin Acordul de subcontractare nr.13/28.06.2023 fără procent de subcontractare, avand ca obiect:

Susținere tehnică și profesională pe toată durata derulării contractului și furnizarea următoarelor echipamente:

- Lampa examinare cu braț mobil – FAZZINI / Italia- Model: 02.738.00

- Pulsoximetru – EDAN / China - Model: H100B

- Spirometru – MIR / Italia – Model: Spirolab

- Electroencefalograf - NIHON KODEN / Japonia - Model: EEG 1200K

- Negatoscop – FAZZINI / Italia – Model: 02.080.00

- Aspirator chirurgical – FAZZINI / Italia - Model: F90

- Lampa chirurgicala mobila – Rimsa P. Longoni / Italia - Model: Primaled (anexa nr.2).

În urma solicitării de clarificări rezultă ca: *„Valoarea serviciilor oferite de subcontractant reprezintă 7% din valoare contractului de achiziție.”*

În cadrul Secțiunii A: INFORMATII PRIVIND OPERATORUL ECONOMIC, contestatoarea a depus DUAE în care a declarat ca participa la prezenta procedura de achiziție publică împreună cu alții, menționând următoarele:

(„Modalitatea de participare: Participare individuala

Ofertantul care a depus oferta: ... S.R.L. cu rol de:

Ofertant

Membrii participanți:

... SRL, are rol de: Subcontractant

..., are rol de: Subcontractant

..., are rol

de: Subcontractant

..., are rol de: Subcontractant")

În Partea a IV a : Criterii de selecție, Secțiunea C: CAPACITATEA TEHNICA ȘI PROFESIONALĂ, ofertantul a declarat ca: „Descriere: Aceasta cerință va fi îndeplinită de către subcontractantul nostru ... SRL”.

În consecință, autoritatea contractantă a luat în considerare că, în DUAЕ partea a II-a, secțiunea A, este specificat că operatorul economic ... SRL, intenționează să subcontracteze o parte din contract, menționând în partea a IV-a, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională, că aceasta cerință va fi îndeplinită de către subcontractantul ... SRL.

Acest fapt a condus la depunerea în SEAP a unui DUAЕ separat pentru acest subcontractant, arată achizițoarea.

În DUAЕ la partea a IV-a, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională subcontractantul a înscris un număr de 6 contracte de achiziție de bunuri ca dovadă a îndeplinirii cerinței de experiență similară.

De asemenea, contestatoarea ... SRL, a depus, în ceea ce privește subcontractantul ... SRL, acordul de subcontractare nr. 13/28.06.2023, în care la art. 2 menționează următoarele:

„Art.2. Partea părțile din contract ce urmează a fi subcontractante, sunt: Susținere tehnică și profesională pe toata durata derulării contractului (...).”

Deoarece în acordul de subcontractare, depus inițial în ofertă nu se menționa procentul (%) pentru activitățile indicate ca fiind realizate de către subcontractantul ... SRL, comisia de evaluare a solicitat ofertantului prin adresa nr.12454/11.07.2023 (a se vedea anexa nr.5) să indice procentul (%) pentru activitățile indicate ca fiind realizate de către subcontractant.

Contestatoarea ... SRL a răspuns în termenul solicitării, în SEAP, prin care transmite acordul de subcontractare nr. 13/28.06.2023, în care menționează la art. 2 următoarele:

“(...) Valoarea serviciilor ofertante de subcontractant reprezintă 7% din valoare contractului de achiziție.”

Din acordul de subcontractare depus în ofertă și din DUAЕ, rezultă că ... SRL subcontractează către ... SRL, susținerea tehnică și profesională dar și furnizarea unui număr de 7 echipamente.

Prin urmare, comisia de evaluare a reținut că în speță sunt incidente dispozițiile tezei a doua din alineatul 1 al articolului 48 din HG

nr. 395/2016, „Subcontractanții pe a căror capacități 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.”

Astfel, pentru a putea verifica dacă este îndeplinită cerința de experiență similară, autoritatea contractantă a fost necesar să stabilească dacă, în situația în care un subcontractant devine, potrivit legii, terț susținător în legătură cu o anumită resursă, pentru verificarea îndeplinirii unui criteriu de calificare, *trebuie luată în considerare orice resursă a acestuia și în orice valoare/cantitate sau această resursă trebuie raportată la informațiile existente în acordul de subcontractare*, fiind luate în considerare următoarele dispoziții legale:

- 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. (...)”

- art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

“(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.”

Art. 48. din HG nr.395/2016

“(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, 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 capacități 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. 174. - (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv."

Art. 174. - (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

„În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv."

- art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

"(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin...."

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că un subcontractant poate deveni terț susținător în cazul în care un ofertant se bazează pe capacitățile subcontractantului.

Având în vedere faptul că acordul de subcontractare, încheiat între ofertant și subcontractant (în cadrul căruia este indicată partea din contract pe care urmează să o execute/realizeze subcontractantul), devine un angajament ferm, care conține, potrivit dispozițiilor legale anterior citate, în mod explicit resursele puse la dispoziție de către terțul susținător.

Această interpretare rezultă și din prevederile legale stabilite de legiuitor a fi respectate pe perioada derulării contractului, care condiționează înlocuirea unui subcontractant, pe parcursul derulării contractului, de îndeplinirea de către noul subcontractant a resurselor corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică, relevante în acest sens fiind art. 150-155 din Normele metodologice, potrivit cărora:

Art. 150. – *“(1) În aplicarea prevederilor art. 218 din Lege, autoritatea contractantă are obligația de a stabili clauze contractuale obligatorii privind cesiunea de creanță în favoarea subcontractanților legată de partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de către aceștia.*

(2) În vederea determinării valorii creanței, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte.”

Față de dispozițiile legale sus enunțate, s-a reținut că în speță, ofertantul ... SRL, apreciind că nu poate îndeplini singur activitățile aferente contractului ce urmează a fi atribuit, a desemnat patru subcontractanți, printre care și ... SRL, care, potrivit acordului de subcontractare, urmează să furnizeze un număr de șapte echipamente medicale, reprezentând „7% din valoarea totală a contractului”.

Astfel, potrivit dispozițiilor legal citate în paragrafele anterioare, capacitatea tehnică pe care se poate baza un ofertant și care poate fi luată în considerare de către autoritatea contractantă la verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, este limitată la informațiile existente în cadrul acordului de subcontractare, respectiv furnizarea celor șapte echipamente medicale reprezentând 7% din valoarea totală a contractului, care, conform dispozițiilor art. 48 alin. (1) din Normele metodologice teza a II-a, reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm, reținându-se astfel ca valoarea este insuficientă ofertantului pentru îndeplinirea pragului stabilit de autoritatea contractantă pentru experiența similară (724.000 lei, fără ,TVA).

În consecință, s-a reținut că în cazul în care, contestatoarea ... SRL ar fi dorit ca experiența similară a societății ... SRL să fie luată în considerare integral ar fi trebuit ca această societate să aibă calitatea de asociat sau terț susținător cu indicarea în mod concret a resurselor, respectiv întreaga valoare a experienței similare. Declararea acestei societăți ca subcontractant face ca valoarea experienței similare care poate fi luată în calcul să fie limitată la valoarea acordului de subcontractare (7%), care, reprezintă, în același timp, și angajament ferm, conform tezei a doua a articolului 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016, conchide autoritatea contractantă.

Cu toate că oferta era inacceptabilă potrivit dispozițiilor art.137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că

a fost analizată și situația în care subcontractantul ... SRL, considerat și terț susținător potrivit art. 48 alin. (1) din același act normativ, ar fi putut îndeplini cerința de capacitate tehnică-experiență similară.

Pentru această situație au fost avute în vedere următoarele dispoziții legale:

- 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, că: “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.”

Din analiza dispoziției comunitare, astfel cum a fost transpusă în legislația națională, rezultă, în mod clar, că experiența similară poate fi acceptată doar din partea unei terțe persoane ce va fi implicată efectiv în derularea contractului, atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.

În acest context, achizitoare evocă și jurisprudența CJUE din 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., în care este dezlegată problema contribuției terțului în ofertare și a implicării lui în derularea contractului, redând:

„37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat

(a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

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

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

Din cele de mai sus enunțate, rezultă cu claritate că, în speță, contestatoarea ... SRL nu se poate prevala de capacitățile terțului susținător ... SRL, decât în situația în care cel din urma participă direct și personal la executarea contractului în discuție.

Astfel, pentru ca autoritatea contractantă să fi luat în considerare susținerea ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, s-a impus a se verifica dacă ofertantul poate demonstra că dispune efectiv de resursele operatorului economic ... SRL ce acordă susținerea necesară pentru realizarea contractului.

Aceasta deoarece, în conformitate cu dispozițiile art.182 din Legea nr.98/2016, coroborat cu art.48 din H.G nr.395/2016, ... SRL în calitate de ofertant, utilizând de susținerea subcontractantului ... SRL, devenit și terț susținător, trebuia să demonstreze modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, respectiv modul în care ... SRL va furniza produsele în cazul în care ... SRL va întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului, sau pentru a se demonstra ca în cazul neexecutării contractului de către ... SRL, produsele vor fi furnizate de către terțul susținător ... SRL.

Din documentația prezentată rezultă că produsele pe care, le va livra ... SRL sunt: Laser dermatologic - 1 buc, Lampa LED de cap- 1 buc, Pistol pentru puncție - 1 buc, acestea reprezentând în accepțiunea contestatoarei un procent de 89 % din valoarea totală ofertată.

Deoarece oferta era inacceptabilă raportat la dispozițiile art.137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, nu s-a procedat la verificarea corectitudinii procentelor DECLARATE (%) pentru activitățile indicate ca fiind realizate de către subcontractanți, prin raportare la obiectul contractului și valoarea totală ofertată, întărește autoritatea contractantă.

Astfel, în condițiile în care ... SRL a invocat îndeplinirea cerinței de experiență similară prin operatorul economic ... SRL, invocând în acest sens acordul de subcontractare care reprezintă, în același timp și angajamentul ferm, se impune în mod imperativ analizarea modului în care se va realiza angajamentul ferm de către ... SRL, adică situația în

care terțul susținător ... SRL, ar fi obligat să execute el însuși contractul, în condițiile în care ofertantul ... SRL întâmpină dificultăți sau nu execută contractul.

În acest sens, autoritatea contractantă verificând dacă ... SRL poate executa contractul, astfel încât să furnizeze produsele pe care ar trebui să le furnizeze ofertantul ... SRL, a constatat ca pentru toate cele trei produse: Laser dermatologic, Lampa LED de cap și Pistol pentru puncție biopsica, ... SRL nu deține avizul de funcționare în domeniul dispozitivelor medicale, emis de către Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) din cadrul Ministerului Sănătății din România, conform art. 926 din Legea nr.95/2006.

Astfel, nedeținând aviz de funcționare în domeniul dispozitivelor medicale, pentru produsele furnizate de ... SRL, ... SRL nu ar putea furniza aceste produse în cazul neexecutării contractului de către ... SRL, susține achizitoarea.

Față de motivele invocate în contestația depusă de ... SRL, autoritatea contractantă învederează următoarele:

În mare parte, contestatarul își motivează contestația justificând nelegalitatea evaluării ofertei, prin invocarea faptului că : *"Din informațiile aferente situației subcontractantului ... SRL prezentate în cadrul ofertei contestatoarei rezultă fără putință de tăgadă faptul că cerința privind furnizarea unor produse similare sau superioare cu produsele care fac obiectul achiziției a fost îndeplinită din toate punctele de vedere : (...)."*

Contrar argumentației contestatoarei, achizitoarea evocă ca speță similară Decizia C.N.S.C. publicată în Buletinul Oficial sub nr. BO2022_1370, în care s-a statuat că: *"În speță, ofertanta contestatoare, apreciind că nu poate îndeplini singură lucrările aferente prezentului contract, a desemnat cinci subcontractanți, printre care și, care, potrivit acordului de subcontractare, urmează să realizeze „3% din valoarea totală a contractului”. Astfel, potrivit dispozițiilor legale citate în paragrafele anterioare, capacitatea tehnică pe care se poate baza ofertanta și care poate fi luată în considerare de către autoritatea contractantă la verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, este limitată la informațiile existente în cadrul acordului de subcontractare, respectiv 3% din valoarea totală a contractului, care, conform dispozițiilor art. 48 alin. (1) din Normele metodologice teza a II-a, reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm, valoare insuficientă contestatoarei pentru îndeplinirea pragului stabilit de autoritatea contractantă pentru experiența similară (6.499.635 lei, fără TVA)."*

În ceea ce privește argumentul contestatoarei că: *"iar dispozițiile art. 172 din Legea 98/2016 prevăd explicit faptul că (4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru*

subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.”, autoritatea contractantă învederează că a luat în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, așa cum impun dispozițiile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și așa cum evidențiază și contestatoarea, numai pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, context în care reiterează 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.

Cu privire la susținerile contestatoarei că: *”este lipsit de relevanță legală argumentul invocat de Autoritatea contractantă referitor la nedeținerea de către subcontractant a avizului de funcționare în domeniul dispozitivelor medicale pentru echipamentele :*

1. pe care nu le furnizează în cadrul Acordului de subcontractare (ci vor fi furnizate de un alt participant la oferta contestatoarei sau chiar de contractantul general, după caz, furnizor care a făcut dovada deținerii avizului ANMDM corespunzător)

2. care nu au fost prezentate de subcontractantul ... ca fiind furnizate de aceasta anterior (pentru a dovedi îndeplinirea cerinței privind experiența similară)”.

Este evident ca în accepțiunea contestatorului ... SRL subcontractanții pe a căror capacități ofertantul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare sunt numai și numai subcontractanți, ei nefiind considerați terți susținători, cu toate că dispozițiile art. 48 alin. (1) prevăd în mod imperativ că; *„Subcontractanții pe a căror capacități 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.”*

Astfel, deoarece, subcontractanții sunt considerați și terți susținători în sensul dispozițiilor art.48 alin 1 din H.G nr.395/2016 cât și a dispozițiilor art. 63, din Directiva 2014/24/UE, în mod imperativ se impune a se verifica dacă terțul susținător ... SRL, poate executa contractul, în condițiile în care ofertantul ... SRL întâmpina dificultăți sau nu execută contractul, argumentează achizițoarea.

Or, din Avizul de funcționare nr. 6402 din data de 10.05.2022, rezultă ca subcontractantul ... SRL, devenit și terț susținător, nu deține avizul de funcționare în domeniul dispozitivelor medicale, emis de către Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale pentru produsele pe care ar trebui sa le furnizeze ofertantul ... SRL, în condițiile în care acesta din urmă întâmpina dificultăți sau nu execută contractul.

În ceea ce privește argumentul contestatoarei că: *"nesolicitarea înlocuirii subcontractantului/terțului susținător - Ad absurdum"*, autoritatea contractantă învederează că din moment ce capacitatea tehnică pe care se poate baza contestatoarea și care poate fi luată în considerare de către autoritatea contractantă la verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, este limitată la informațiile existente în cadrul acordului de subcontractare, nu avea nicio relevanță solicitarea de înlocuire a subcontractantului/terțului susținător, motiv pentru care nu s-a solicitat o astfel de înlocuire potrivit art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Dacă pe perioada evaluării ofertelor s-ar fi solicitat înlocuirea *operatorului economic ... SRL*, contestatoarea se afla în aceeași situație ca cea anterioară, deoarece autoritatea contractantă putea lua în considerare capacitatea tehnică și profesională a noului subcontractant doar pentru partea lui de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, arată achizitoarea.

Concluzionând, față de considerentele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

În drept, se invocă dispozițiile art.2 din Legea nr.101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Ca probe, înscrisuri relevante din dosarul achiziției.

Prin corespondența electronică, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 43766/10.08.2023, ... SRL a formulat cerere de acces la dosarul constituit la Consiliu.

Prin adresa cu nr. 43937/2179/C6/10.08.2023, C.N.S.C. a invitat contestatoarea la studiul dosarului pentru data de 11.08.2023, oferind posibilitatea depunerii de concluzii scrise până în data de 16.08.2023.

... SRL a formulat „concluzii scrise”, înregistrate la C.N.S.C. cu nr. 45042/18.08.2023, prin care solicită Consiliului să constate nelegalitatea și netemeinicia susținerilor din punctul de vedere al autorității contractante pentru motivele deja menționate în cuprinsul contestației și dezvoltate și în continuare.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă , prin punctul de vedere formulat nu a răspuns în mod concret motivelor de nelegalitate invocate, ci doar a indicat în susținerea modului în care a analizat oferta ... SRL o Decizie a CNSC publicată în Buletinul oficial 1370 din 2022.

Cu titlu preliminar, precedentul judiciar nu este izvor de drept în sistemul juridic românesc, nu poate fi recunoscut ca având putere de lege, cu excepția situațiilor expres prevăzute de lege (deciziile pronunțate în materia recursurilor în interesul legii și a dezlegării unor chestiuni de drept, deciziile Curții Constituționale, unele hotărâri ale instanțelor de contencios administrativ și deciziile instanțelor europene). În acest context, învederează că jurisprudența invocată nu are relevanță în cauza pendinte, situația de fapt nefiind identică, cu atât mai mult cu

cât fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, decizia Consiliului trebuind să se bazeze pe documentele emise, pe regulile trasate în procedura de atribuire în cauză și pe legislația aplicabilă.

Decizia la care a făcut referire autoritatea contractantă se referă la o procedură de atribuire a unui contract de lucrări (inclusiv proiectare) în cadrul căruia lucrările realizate de un membru al grupului ofertant pot fi diferite substanțial de lucrările care vor fi realizate de un alt membru al grupului, situație în care pot exista discuții privind eventualele limitări referitoare la posibilitatea celui care asigură îndeplinirea cerinței referitoare la capacitatea tehnică și profesională (asociat, terț, subcontractant) privind implicarea propriu-zisă a resurselor sale atrase de experiența similară acumulată anterior (eg, se poate analiza dacă experiența similară a unui asociat specialist în lucrări de tâmplărie poate fi invocată pentru executarea de către un alt asociat, prin intermediul unui subcontractant, a unor lucrărilor de arhitectură).

Contestatoarea invocă Hotărârea Curții de Apel București nr. 270/2022, citând: *"revenea autorității contractante obligația de a verifica dacă resursele invocate de asocierea în cauză în această modalitate avea un rol formal sau într-adevăr membrul asocierii care a invocat în cadrul asocierii experiența similară va pune la dispoziția asocierii resurse concrete prin care să fie adus la îndeplinire obiectul contractului, în partea referitoare la proiectare, chiar și în contextul în care celălalt membru al asocierii a propus în cadrul ofertei un subcontractant, pentru îndeplinirea efectivă a acestei activități, cerința privind experiența similară fiind chiar expresia capacității reale a asocierii de a realiza acest obiect al contractului, chiar dacă potrivit dispozițiilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens, astfel încât urmează ca autoritatea, fără stabilirea unor astfel de cerințe de participare, totuși să verifice modul în care și subcontractantul, prin prisma celor analizate în prezenta cauză, se va implica în susținerea capacității tehnice și profesionale, prin coroborarea documentelor din cadrul ofertei și, eventual, a unor lămuriri suplimentare solicitate ofertantului în cauză. (...) Raportat la aceste critici, CNSC prin decizia atacată a reținut în esență că documentele doveditoare a experienței similare în proiectare prezentate de asocierea de ofertanți desemnată câștigătoare aparțin, exclusiv, liderului de asociere - SA, dar acesta are ca responsabilitate (conform acordului de asociere nr. 645 din 19.02.2021) numai executarea lucrărilor de construcție, însă criteriul de calificare este stabilit tocmai în scopul*

verificării capacității efective de realizare a viitoarelor servicii de către operatorul economic care ar urma să fie implicat în respectivele activități, conform prevederilor art. 29 alin. (1) din Normele de aplicare a legii, aprobate prin HG nr. 395/2016: Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar asociatul responsabil cu serviciile de proiectare (..... SRL), la rândul său, a subcontractat serviciile de întocmire a proiectului tehnic, însă deși toate aceste informații au fost puse la dispoziția autorității contractante încă din momentul prezentării DUAЕ, în care se menționează calitățile operatorilor economici din respectivul grup de ofertare, totuși aceste indicii privitoare la nevoia de evaluare a potențialului tehnic și organizatoric de prestare a serviciilor de proiectare nu au fost apreciate de achizitor la nivelul real, iar comisia de evaluare limitându-se la a constata depunerea unor documente, cu privire la criteriul de calificare în cauză, fără a le analiza conținutul efectiv, în sensul în care trebuie să probeze îndeplinirea lui. Altfel spus, aparenta experiență similară a unui asociat, care nu va presta activitățile în care are experiența, s-a transferat asociatului care nu are nici experiența necesară și nici nu va presta respectivele tipuri de servicii, ce au fost încredințate unor subcontractori"

Autoarea contestației amintește că din anunțul de participare ... rezultă că, tipul contractului care face obiectul achiziției îl reprezintă, exclusiv, dotarea (furnizarea/cumpărarea) cu echipamente medicale a Ambulatoriului din structura ..., circumstanță în care atât ofertantul individual, cât și toți membrii participanți în cadrul ofertei (în calitate de subcontractanți) realizează aceleași activități, au aceeași implicare, în vederea realizării obiectului contractual: livrarea, instalarea, punerea în funcțiune și testarea funcțională a echipamentelor astfel instalate concomitent cu instruirea personalului medical și tehnic al Spitalului.

Astfel, între activitatea de furnizare a unui subcontractant și activitatea de furnizare a unui alt subcontractant sau activitatea de furnizare a ofertantului este o singură diferență: tipul echipamentului medical furnizat.

În privința deținerii avizelor de furnizare a echipamentelor, contestatoarea invocă dispozițiile art. 51 din normele de aplicare, potrivit cărora:

"(1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de

respectivale resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.”,

afirmând că fiecare subcontractant nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire pentru echipamentul oferat.

Contestatoarea apreciază că solicitarea ca subcontractantul ... SRL să îndeplinească cerințe de participare pentru partea de contract pe care nu o execută încalcă dispozițiile art. 51 din Normele de aplicare și art. 172 alin. (4) teza inițială din Legea 98/2016 și solicită analizarea modalității prevăzută în documentația de atribuire pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară: *”Pentru îndeplinirea cerinței sunt permise produsele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului pentru care se ofertează”*

În realizarea activităților de analiză a capacității reale de a realiza obiectul contractului autoritatea contractantă nu trebuie să adauge, cu încălcarea dispozițiilor legale, cerințe de participare în sarcina subcontractantului pe a cărui capacitate tehnică și profesională privind experiența similară se bazează oferta, ci doar să analizeze dacă această experiență a subcontractantului poate fi pusă la dispoziția ofertantului pentru executarea corespunzătoare a contractului.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă capacitatea tehnică și profesională exprimată prin experiența similară nu conține obligația subcontractantului de a face dovada îndeplinirii și a cerinței de participare privind situația economică și financiară. Prin acordarea susținerii privind experiența similară subcontractantul nu își asumă și susținerea financiară a ofertantului în limita valorii estimate a contractului. De asemenea, apreciază că este un argument esențial din perspectiva dovedirii vătămării sale prin decizia respingerii ofertei ca neconformă faptul că prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nici nu a solicitat îndeplinirea unei astfel de cerințe de participare. Se observă în acest sens faptul că în Secțiunea III.1.2 a Anunțului de participare nu se menționează niciun criteriu de selecție privind situația economică și financiară a ofertanților.

Astfel, cu încălcarea dispozițiilor art.172 alin.4 din Legea 98/2016, autoritatea contractantă confundă susținerea acordată de un subcontractant pentru partea sa de implicare în respectivul contract cu referire la capacitatea tehnică și profesională privind experiența similară

Nu în ultimul rând, contestatoarea învederează că, dacă ar fi avut orice dubiu în privința capacității subcontractantului ... SRL de a susține

din punct de vedere tehnic si profesional oferta sa în situația în care aceasta va avea orice dificultăți în executarea contractului, pentru urmărirea îndeplinirii scopurilor definite la art. 29 alin. (1) din Normele de aplicare, autoritatea contractantă ar fi avut la îndemână posibilitatea conferită de art. 209 din Legea 98/2016 sau de art. 134 din Normele de aplicare de a solicita lămuriri, clarificări și/sau completări de orice natură privind resursele tehnice, materiale și umane ale subcontractantului.

Pe de o parte, conform dispozițiilor art.184 din Legea 98/2016, răspunderea solidară cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru este consacrată legislativ în sarcina terțului susținător care printr-un angajament ferm înțelege să își asume în acest sens demonstrarea criteriilor referitoare la capacitatea economică și financiară.

Pe de altă parte, art.185 din Legea 98/2016 arată că participarea cu ofertă comună presupune atât faptul că resursele fiecărui asociat se consideră ca fiind ale tuturor asociațiilor, dar și consacră legislativ solidaritatea tuturor asociațiilor pentru executarea contractului, susține autoarea.

De asemenea, consideră inexplicabilă și invocarea în susținerea respingerii ofertei sale a dispozițiilor art.182 alin.(2) din Legea 98/2016, cu referire la faptul că ofertantul s-ar putea baza pe capacitatea subcontractantului ... SRL *"doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări"*.

Totodată, relevă faptul că dispozițiile anunțului de participare arată: *"În cazul terților susținători se prezintă ca anexă la Angajamentul de susținere, documente care demonstrează modul concret de implicare în contract, conform prevederilor art. 182 din Legea nr. 98/2016."*

În lumina prevederilor legale mai sus menționate, a prevederilor din anunțul de participare și a documentelor aflate la dosarul cauzei în ce privește experiența similară pentru furnizarea unor produse similare pusă la dispoziție de subcontractantul ... SRL, achizitoarea solicită să se constate următoarele:

1. Prin prezentarea experienței sale în furnizarea de produse similare, ... SRL devine, în înțelesul art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, entitatea pe ale cărei capacități tehnice se bazează ofertantul;

2. Prin prezentarea acordului de subcontractare, ... are calitatea de terță parte implicată în propunerea tehnică, respectiv execuția viitorului contract;

3. Existența acordului de subcontractare dovedește că ofertantul va avea acces în orice moment la resursele subcontractantului, conform angajamentului dat de cel din urmă în conținutul acordului de subcontractare (prestarea Activităților de furnizare);

4. Între ofertant și ... SRL(terța parte) există o relație juridică, materializată în acordul de subcontractare;

5. ... SRL s-a angajat prin acordul de subcontractare să desfășoare, efectiv, serviciile în legătură cu care este necesară respectiva calificare (cerința de calificare referitoare la experiența similară);

6. Prin completarea DUAЕ cu informații privind contractele aferente furnizării produselor similare sau superioare, ... SRL face dovada că e un subcontractant pe care se bazează ofertantul din punct de vedere al experienței similare, respectând, astfel, prevederile art. 193 alin. (3) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, solicită Consiliul să constate că operatorul economic ... SRL este un subcontractant a cărui capacitate tehnică poate fi luată în considerare pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și cu respectarea întocmai a prevederilor 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: *"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 drept, invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 385/2016, Legii nr. 101/2016 și ale prevederilor legale indicate în cuprinsul contestației.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *«Achiziție publică de dotări în cadrul proiectului „Dotarea Ambulatoriului de Specialitate Integrat ...”»*, cod CPV 33190000-8 Diverse aparate și produse medicale (Rev. 2), anunțului de participare nr.

La punctul II.2.5) din cadrul anunțului de participare, entitatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire *„prețul cel mai scăzut”*. Potrivit punctului II.1.5) din cadrul aceluiași document, valoarea totală estimată a contractului este de 724.392,54 lei, fără TVA.

Conform Raportului procedurii nr. 13263/25.07.2023, la procedura de atribuire în cauză au participat următorii operatori economici:

- ... SRL cu subcontractanții ... SRL, ..., ... SRL și ... SRL, declarat Terț și subcontractant.

- ..., nu a depus ofertă de preț;

- ..., nu a depus ofertă de preț;

- ..., nu a depus ofertă de preț,
cu mențiunea că ultimii 3 operatori economici nu apar în Secțiunea Evaluare, motiv pentru care nu a fost posibilă evaluarea ofertelor acestora.

Urmare a verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, oferta ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că ofertantul nu a demonstrat că în ultimii 3 ani au fost furnizate produse similare la nivelul unui contract sau mai multe, de minimum 724.000 lei (fără TVA).

Împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire și a Raportului acesteia, societatea ... SRL a formulat contestația din prezenta cauză solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

În conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13264/25.07.2023 se menționează că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, *„motivat de faptul că ofertantul nu a demonstrat că în ultimii 3 ani au fost furnizate produse similare la nivelul unui contract sau mai multe, de minimum 724.000 lei (fără TVA)”*, autoritatea prezentând considerentele pe acest aspect.

De asemenea, în același document, autoritatea a precizat că întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, în temeiul art. 211 și 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, a anulat această procedură de atribuire.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP ce conțin eventuale modificări, prin faptul că au depus ofertă, respectivele reguli și rigori au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Prin urmare, la acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de cerințele documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Din analiza contestației, Consiliul constată că nemulțumirea societății ... SRL vizează modalitatea în care autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, considerând că această decizie este nelegală.

În soluționarea cauzei, raportat la motivul de respingere, invocat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul are în vedere

fișa de date a achiziției, unde la cap. III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, se solicită:

„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat.

*Lista cu principalele furnizări de produse similare, din care sa rezulte ca în ultimii 3 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor, au fost furnizate produse similare. Furnizarea de produse a căror valoare cumulată, la nivelul **unui contract sau mai multe, a fost de minimum 724.000** lei (fără TVA). Ultimii 3 ani vor fi calculați până la data limită de depunere a ofertei cu mențiunea că modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventuale decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare. Pentru conversia lei/alta valută se va utiliza cursul mediu anual comunicat de BCE pentru anul respectiv (2020, 2021, 2022).Nota: Pentru îndeplinirea cerinței sunt premise produsele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului pentru care se ofertează.*

Modalitatea de îndeplinire:

*Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (inclusiv pentru asociați/terți susținători/**subcontractanți**, dacă este cazul). Operatorii economici au obligația completării DUAЕ (inclusiv pentru asociați/terți susținători) ca primă dovadă a neîncadrării în situațiile de excludere și a îndeplinirii cerințelor de capacitate. Furnizările de produse similare se demonstrează prin prezentarea de certificate/documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar, din care sa rezulte: - Livrarea de produse similare - valori – în lei fără TVA, inclusiv pentru perioada de referință de 3 ani - perioade de livrare - beneficiari indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați. În cazul terților susținători se prezintă ca anexă la Angajamentul de susținere, documente, documente care demonstrează modul concret de implicare în contract, conform prevederilor art. 182 din Legea nr. 98/2016”.*

Pentru îndeplinirea acestei cerințe, contestatoarea a menționat în DUAЕ, la Cap. C – Capacitatea tehnică și profesională, următoarele: „Această cerință va fi îndeplinită de către subcontractantul nostru ... SRL”.

În ceea ce privește subcontractantul ... SRL, Consiliul constată că în DUAЕ-ul acestuia, la Cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, se regăsesc următoarele informații:

„Descriere: CTR FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR. 2790/SAP/ 11.11.2020

Valoare: 1680000

Moneda: RON

Data început: 11/11/2020

Data sfârșit: 31/12/2020

Beneficiari: ...

Descriere: CTR FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR. 2306202201/23.06.2022

Valoare: 129563

Moneda: RON

Data început: 23/06/2022

Data sfârșit: 23/07/2022

Beneficiari: ... SRL

Descriere: CONTRCT FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR. 23032021/ 23.03.2021

Valoare: 363660

Moneda: RON

Data început: 23/03/2021

Data sfârșit: 22/04/2021

Beneficiari: ...

Descriere: CONTRACT FURNIZARE ECHIPAMENTE MEDICALE NR. 0212202001/02/12/.2020

Valoare: 505600

Moneda: RON

Data început: 02/12/2020

Data sfârșit: 17/12/2020

Beneficiari: ...

Descriere: FURNIZARE HOLTER FACTURA NR. MEDHP 63/07.11.2022

Valoare: 2000

Moneda: RON

Data început: 07/11/2022

Data sfârșit: 07/12/2022

Beneficiari: ...

Descriere: FURNIZARE SPIROMETRU FACTURA NR. MEDHP 60/01.11.2022

Valoare: 10400

Moneda: RON

Data început: 01/11/2022

Data sfârșit: 01/12/2022

Beneficiari: ..."

În acest sens, contestatoare a prezentat acordul de subcontractare nr. 13/28.06.2023, pe care l-a încheiat cu societatea ... SRL, în calitate de subcontractant, în conținutul căruia la art. 2 se menționează: „Partea părțile din contract ce urmează a fi subcontractate, sunt: Susținere tehnică și profesională pe toată durata derulării contractului și furnizarea următoarelor echipamente: (...).”

Dispozițiilor art. 48 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 stabilesc:

„(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.”

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că un subcontractant poate deveni terț susținător în cazul în care un ofertant se bazează pe capacitățile subcontractantului.

Față de cele prezentate mai sus, Consiliul constată că societatea contestatoare, prin subcontractantul ... SRL, a demonstrat că are experiență similară raportat la obiectul contractului de furnizare în cauză, valoarea însumată a contractelor precizate în DUAЕ de 2.691.223,00 lei, acoperind, în mod evident, valoarea de minim 724.000,00 lei, solicitată prin fișa de date achiziției.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca neîntemeiată afirmația autorității contractante conform căreia „capacitatea tehnică pe care se poate baza ofertantul ... SRL și care poate fi luată în considerare de către autoritatea contractantă în verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind **experiența similară**, este limitată la informațiile existente în cadrul acordului de subcontractare, respectiv furnizarea celor șapte echipamente medicale reprezentând **7% din valoarea totală a contractului** (...)”, întrucât ... s-a raportat, în mod eronat, la un anume procent ce în ceea ce privește demonstrarea experienței similare, în condițiile în care procentul, despre care face vorbire autoritatea, se referă la o acțiune viitoare privind furnizarea produselor medicale, dacă ofertantul în cauză va câștiga această procedură de atribuire.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere faptul că demonstrarea experienței similare se face prin activități/servicii care au fost deja executate și au rolul de a arată capabilitatea unui ofertant de a duce la bun sfârșit contractul de achiziție publică în cauză, care are un caracter viitor. Or, conform deciziei autorității contractante, Consiliul

constată că aceasta a luat în calcul activități, respectiv servicii de furnizare viitoare, deci care nu poate demonstra experiența similară.

De altfel, chiar în conținutul formulării cerinței în discuție din fișa de date (citată mai sus), se regăsește sintagma: „(...) **din care sa rezulte ca in ultimii 3 ani calculati pana la data limita de depunere a ofertelor, au fost furnizate produse similare**”, care presupune, în mod evident, o acțiune care s-a desfășurat în trecut.

Relevantă, în acest sens, este chiar afirmația autorității contractante din punctul său de vedere nr. 13847/04.08.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 42791/04.08.2023, conform căreia: „(...) s-a retinut ca în speță, ofertantul S.C. ... SRL, apreciind că nu poate îndeplini singur activitățile aferente contractului ce urmează a fi atribuit, a desemnat patru subcontractanți, printre care și S.C. ... S.R.L., care, potrivit acordului de subcontractare, urmează să furnizeze un numar de sapte echipamente medicale, reprezentand „7% din valoarea totală a contractului”, astfel că, prin sintagma „ce urmează a fi atribuit”, respectiv prin sintagma: „urmează să furnizeze un numar de sapte echipamente medicale”, accentuează caracterul viitor al procentului de 7% ce urmează a fi îndeplinit de către acest subcontractant, în condițiile atribuire prezentului contract de achiziție publică.

În concluzie, documentul la care trebuia să se raporteze autoritatea contractantă, pentru a calcula valoarea serviciilor de furnizare care să demonstreze experiența similară în acest domeniu, este, în mod clar, acordul de subcontractare (precum și documentele aferente lui), care certifică faptul că ... SRL a efectuat servicii de furnizare similare celor ce urmează a fi realizate pentru contract de achiziție publică în cauză.

Prin urmare, având în vedere cele prezentate, Consiliul stabilește că, în mod eronat, autoritatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta contestatoarei, întrucât, pe aspectul criticat, nu sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016. Raționamentul de mai sus se regăsește și în Decizia CNSC nr. 1087/2020.

Referitor la faptul că afirmația contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă nu i-a solicitat înlocuirea subcontractantului/terțului susținător, Consiliul constată că nu se impune aplicarea art.174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece, prin modul în care a completat DUAЕ-ul, societatea ... SRL a demonstrat îndeplinirea cerinței privind experiența similară, așa cum reiese din motivarea de mai sus.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante potrivit căreia societatea ... SRL nu ar deține anumite avize de funcționare sau că din cele pe care le-ar deține nu ar rezulta anumite informații care să determine faptul că acest operator economic, în calitate de subcontractant, nu ar putea să furnizeze anumite produse specifice acestui contract de furnizare, Consiliul nu le va lua în considerare, deoarece, pe de o parte, nu fost indicate ca motive clare care ar fi stat la

baza deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei contestatoarei, singurul motiv stabilit, în mod concret, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13264/25.07.2023, fiind cel legat de neîndeplinirea cerinței ce vizează experiența similară, iar, pe de altă parte, nu au fost efectuate demersuri în acest sens, raportat la conținutul documentației de atribuire,

Față de cele evocate, luând în considerare aspectele de fapt și de drept de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele din motivare, Consiliul va admite contestația formulată de către societatea ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și va anula raportul procedurii nr. 13263/25.07.2023 și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13264/25.07.2023.

Va obligă autoritatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire în cauză cu reevaluarea ofertei contestatoarei, conform celor precizate în motivare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul o va respinge ca nedovedită, întrucât, până la emiterea prezentei, la dosarul cauzei nu se regăsesc acte doveditoare în acest sens (facturi fiscale, chitanțe, ordine de plată etc.).

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

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ... SRL, cu sediul social în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ... și anulează raportul procedurii nr. 13263/25.07.2023 și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13264/25.07.2023.

Obligă autoritatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire în cauză cu reevaluarea ofertei contestatoarei, conform celor precizate în motivare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Respinge ca nedovedită cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

...

...