



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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 cu nr. 14789/15.04.2020, formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI .., reprezentată de Bratu Alexandru-Florentin, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în .., în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Reabilitare stație de pompare apă brută Galeșu. Reabilitare Complex de înmagazinare Palas: SP1, SP2, și rețele în incintă. Reabilitare Put P0-Constanța Nord, județul Constanța*”, s-a solicitat:

- anularea actului entității contractante adresa nr. 35138/06.04.2020 prin care entitatea contractantă a comunicat decizia comisiei de evaluare, de a declara admisibilă dar necâștigătoare oferta depusă de asocieria ...;

- anularea parțială a raportului procedurii nr. 35135/06.04.2020 și publicat pe SEAP la data 06.04.2020, în ceea ce privește admisibilitatea ofertei depuse de Asocieria ...

- anularea parțială a procesului verbal nr. 33 din data de 10.01.2020, în ceea ce privește evaluarea componentei tehnice a ofertei depuse de Asocieria ... și a procesului verbal nr. 36 din data de 03.04.2020;

- anularea tuturor actelor subsecvente Raportului Procedurii, nr. 35135/06.04.2020 și publicat pe SEAP la data 06.04.2020, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii către toți ofertanții;

- obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea în condiții de legalitate și cu respectarea documentației de atribuire a ofertei depusă de asocieria ..., declarată în mod nelegal

câștigătoare, iar urmare a reevaluării constatarea caracterului inacceptabil și neconform al ofertei depuse de Asocierea ..;

- obligarea entității contractante la declararea ofertei câștigătoare pe baza criteriului precizat în documentația de atribuire.

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

Prin contestația formulată, ... arată că, în cadrul acestei proceduri, oferta pe care a depus-o în cadrul procedurii i-a fost respinsă de către ... ca neconformă, ceea ce a făcut obiectul unei contestații soluționate de Consiliu prin decizia nr. 2739/C11/2994/ 22.10.2019, în sensul admiterii acesteia. Ulterior reevaluării ofertei ca urmare a celor dispuse de Consiliu, aceasta s-a clasat pe locul 2, după cea depusă de asocierea Apreciind decizia ca nelegală, ... a formulat o nouă contestație la Consiliu, soluționată prin decizia nr. 81/C11/3586,3587/17.01.2019, în sensul respingerii acesteia, urmată de plângere, soluționată de Curtea de Apel Constanța în sensul admiterii ei și obligării entității contractante la reevaluarea ofertelor după refacerea propunerilor tehnice și financiare, conform concluziilor raportului de expertiză tehnică judiciară întocmit de expertul dr. ing. Grigoriu Mircea.

În urma deciziei Curții de Apel, contestatoarea a primit din partea entității contractante o solicitare de recalculare a costurilor de operare conform concluziilor raportului de expertiza tehnică judiciară întocmit de expert dr. ing. Mircea Grigoriu și de verificare a conformității acestora cu cerințele caietului de sarcini, fără a modifica elementele propunerii tehnice.

La data de 18.11.2019, prin adresa nr. 122620/18.11.2019 entitatea contractantă a comunicat ofertantului asocierea ... decizia Comisiei de Evaluare de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii, a fost formulată o nouă contestație, soluționată de Consiliu prin decizia nr. 2262/C11/2558/ 13.12.20219, în sensul admiterii ei, al anulării procesului verbal nr. 26 și procesul verbal nr. 27 , adresa nr. 122620/18.11.2019, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și toate actele subsecvente, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii ... și acordarea punctajului tehnic, obligând entitatea contractantă la reevaluarea ofertei .. de la etapa de evaluare a propunerilor tehnice și aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile.

Având în vedere că la data de 13.12.2019 a fost publicat pe SEAP Raportul procedurii, atât contestatoarea cât și ... au formulat noi contestații, ambele respinse de Consiliu, prin decizia nr. .../16.03.2020, ca fiind rămase fără obiect.

Urmare a Deciziei CNSC .../13.12.2019, rămasă definitivă prin respingerea plângerii formulate de ... prin Sentinta civilă nr. 29/2020 pronunțată de Curtea de Apel Constanța, precum și respingerea prin

Decizia nr. 420/C11/2732,2764/16.03.2020 a contestației ... și contestației ..., ca rămasă fără obiect, entitatea contractantă procedând la reevaluarea ofertei depuse de asocierea ..., cu luarea în considerare a celor arătate în motivarea ../16.03.2020, a întocmit raportul procedurii de atribuire, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. v35135/06.04.2020 și publicat pe SEAP la data 06.04.2020, în cadrul căruia a hotărât că, *„oferta declarata castigatoare pentru contractul de achiziție publica avand ca obiect: „Reabilitare statie de pompare apa bruta Galesu. Reabilitare Complex de inmagazinare Palas: SP1, SP2 si rețele in incinta. Reabilitare Put P0 - Constanta Nord, județul Constanta ”, este oferta depusa de Asocierea ... cu o propunere financiara, fara TVA, de 38 509 383,67 lei si costul operațional anual maxim garantat de 3 75 7 333,56 lei, si durata de execuție a contractului de 548 zile. ”*

Totodată, prin adresa nr. 35138/06.04.2020, entitatea contractantă a comunicat către ... cu privire la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de lucrări „Reabilitare statie de pompare apa bruta Galesu. Reabilitare Complex de inmagazinare Palas: SP1, SP2 si rețele in incinta. Reabilitare Put P0 - Constanta Nord, județul Constanta in baza dispozițiilor art.73, alin.(5) din Hotararea nr.394/2016, coroborate cu prevederile art.228 din Legea 99/2016, dupa cum urmeaza: *„ Oferta dumneavoastra a fost declarata admisibila, dar necastigatoare deoarece s-a clasat pe locul II, cu un punctaj total de 97,06puncte. Oferta desemnata castigatoare este cea depusa de Asocierea ... S.R.L, avand o propunere financiara de 38 509 383,67 lei la care se adauga TVA si cu un punctaj total obtinut de 99,48puncte. ”*

În opinia contestatoarei, aceste două documente sunt nelegale deoarece, la reevaluarea admisibilității ofertei depuse de asocierea ..., în aplicarea tuturor considerentelor reținute de Curtea de Apel Constanta în Sentința Civilă nr. 119 pronunțată de Curtea de Apel Constanta la data de 29.05.2019, în Dosarul nr. 81/36/2019, entitatea contractantă trebuia să declare oferta în cauză ca inacceptabilă și neconformă. În susținere, precizează următoarele:

1. oferta depusă de Asocierea ..., se impunea a fi respinsă ca inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG 394/2016, întrucât, în etapa reevaluării dispusă prin Sentința Civilă nr. 119 pronunțată de Curtea de Apel Constanta la data de 29.05.2019, în Dosarul nr. 81/36/2019, ca urmare a analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări repetate, referitor la transmiterea/retransmiterea informațiilor/documentelor privind experiența similară, Comisia de Evaluare a constatat că acestea sunt neconcludente.

În raport cu aspectele reținute și motivele expuse în Hotărârea Civilă nr. 19/2019 pronunțată de către Curtea de Apel Constanta în dosarul nr. 81/36/2019, contestatoarea apreciază că în etapa de reevaluare a ofertei depusa de asocierea ..., dispozițiile art. 197 din Legea nr. 99/2016 nu mai aveau aplicabilitate în speța, înlocuirea terțului susținător . .. după pronunțarea deciziei instantei de judecată cu privire

la caracterul nelegal al deciziei entității contractante de a declara câștigătoare oferta în cauză, și prin urmare obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei în cauză, aducând în mod vădit atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b din lege.

Instanța a dispus anularea în parte a raportului procedurii nr. 111571/10.12.2018 în ceea ce privește declararea ca și câștigătoare a ofertei Asocierii ... și *„obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de Asocierea ... de la momentul declarării admisibilității acesteia, în vederea clarificării aspectelor învederate în considerente”*.

Așa cum reiese și din actele aflate la dosarul achiziției, dar și răspunsurile ofertantului ... la solicitările de clarificări referitor la informațiile privind experiența similară de către beneficiarul lucrării au fost considerate de comisia de evaluare neconcludente, aceasta a solicitat ofertantului în cauză un nou rând de clarificări. Mai mult, referitor la cifra de afaceri a tertului Consorzio Stabile EBG Bologna, cu toate că prin Hotărârea Civilă nr. 119/2019 pronunțată de către Curtea de Apel Constanța în dosarul nr. 81/36/2019, instanța a stabilit expres că, în plus față de *„solicitarea de la tertul sustinator a unor documente si informații suplimentare in legătură cu documentele prezentate (...)”*, sunt necesare clarificări suplimentare, cu relații și de la alte instituții ce dețin astfel de informații. Entitatea contractantă nu a făcut nici un demers în acest sens, ignorând dispoziția expresă a instanței pentru obținerea de relații și de la alte instituții ce dețin astfel de informații.

2. Prin solicitarea comisiei de evaluare pentru înlocuirea de către ofertantul ... a tertului susținător Consorzio Stabile EBG, declarat inițial în DUAE, au fost încălcate atât dispozițiile art. 140 alin. (4) din HG 394/2016, cât și dispozițiile art.197 alin.(2), coroborate cu art. 221 și art. 2 alin. (2) din Legea nr.99/2016, privind principiul tratamentului legal și al proporționalității, astfel, creându-se un avantaj evident ofertantului în cauză.

În ceea ce privește situațiile în care entitatea contractantă poate solicita unui operator să înlocuiască tertul susținător, dincolo de faptul că în cauză nu sunt incidente dispozițiile art. 197 alin.(2) din Legea nr. 99/2016, întrucât, în lipsa tuturor documentelor solicitate în etapa de reevaluare a ofertei depuse de Asocierea Utilnavorep SA - Fluid Development SRL, entitatea contractantă nu a fost în măsură să stabilească cert că, ofertantul în cauză nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea.

Numai în cazurile când în perioada de evaluare se constată cert că, tertul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile de calificare, pentru a nu se aduce atingerea principiului tratamentului legal și a nu crea avantaje evidente în favoarea ofertantului în cauză, în conformitate cu dispozițiile art. 197 alin.(2) din Legea nr.99/2016, entitatea contractantă solicită ca ofertantul/candidatul să înlocuiască, o singură dată, tertul/terții susținător/susținători, respectiv numai în situația în care și alți

participanți la procedura de atribuire se află într-o situație similară, prevederea nefiind aplicabilă atunci când restul ofertanților/candidaților îndeplinesc cerințele de calificare ei înșiși sau prin intermediul terților susținători declarați inițial în DUAE.

În opinia contestatoarei, este vădit disproporționată solicitarea entității contractante pentru înlocuirea terțului susținător ..., în etapa de reevaluare a ofertei ..., sub aspectele stabilite clar și expres în Hotărârea Civilă nr. 119/2019 pronunțată de către Curtea de Apel Constanța în dosarul nr.81/36/2019, cu privire la cerințele pretinse a fi îndeplinite de către acest ofertant prin intermediul terțului susținător, în condițiile în care entitatea contractantă după ce formulează mai multe solicitări de clarificări ofertantului în cauză, și ca urmare a analizării răspunsurilor transmise de ofertant constată că acestea sunt neconcludente, în loc să considere oferta inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 140 alin.(4) din HG 394/2016, entitatea contractantă solicită ca ofertantul/candidatul să înlocuiască terțul susținător pe motiv că nu este îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară, stabilită în cadrul documentației de atribuire.

Solicitările de clarificări repetate adresate de entitatea contractantă asocierii ... cu privire la terțul susținător ... și îndeosebi ignorarea de către entitatea contractantă a caracterului vădit neconcludent al răspunsurilor transmise de ofertantul în cauză și într-un final solicitarea de înlocuire a terțului susținător ... au determinat apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului declarat câștigător.

3. Oferta depusă de ... se impune a fi respinsă ca inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește criteriile de calificare privind experiența similară, stabilite în documentația de atribuire, iar răspunsurile ofertantului la solicitările de clarificări privind noul terț susținător ... sunt neconcludente.

Răspunsul ofertantului Asociera ... la solicitarea Comisiei de evaluare de a prezenta toate documentele solicitate terțului susținător, din care să rezulte modul efectiv de îndeplinire a cerinței de experiență similară (adresa înregistrată la .. cu nr. 91150/28.08.2019), a fost considerat neconcludent (PV nr.21 din 05.09.2019) ofertantului solicitându-i-se transmiterea de noi documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței de experiență similară. Ca urmare a analizării răspunsurilor la solicitare de clarificări, comisia de evaluare a considerat că și acest răspuns este neconcludent (Proces-verbal nr. 22/16.09.2019).

Cu toate acestea, Comisia de evaluare a decis să solicite ofertantului în cauză un nou rând de clarificări cu privire la DUAE, angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesională prezentat de terțul susținător .. și răspunsul la solicitarea de clarificări anterioară.

Dincolo de faptul că, prin documentele prezentate și precizările formulate ofertantul Asociera ... nu a făcut dovada faptului că, în cadrul contractului prezentat nr. 156580/12.08.2014 „ Implementare proiect la

sursa CET Oradea" terțul susținător .. a proiectat și executat lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului, acesta nu a răspuns solicitării exprese a Comisiei de evaluare de a transmite documente oficiale (ex. borderou final al investiției etc.), cu privire la faptul că terțul susținător a proiectat și executat lucrări similare sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului.

Nici Certificatul de bună execuție nr.286194/27.09.2017, prezentat deja prin adresa înregistrată la ...cu nr.97382/11.09.2019 și nici Certificatul de recepție preliminară nr. 1454/08.03.2016 și nr. 1456/08.03.2016, ambele eliberate de Safege SAS, adică o terță persoană și nu Beneficiarul investiției - Municipiul Oradea, nu au fost în măsură să clarifice cert și neechivoc solicitarea Comisiei de evaluare cu privire la faptul că în cadrul contractului prezentat „*Implimentare proiect la sursa CET Oradea* ", terțul susținător .., în calitate de subcontractant al ... (membru al Asocierii ... și STC SPA - Antreprenorul General - conform Anunț de atribuire numărul 150114/24.09.2014), a proiectat și executat lucrări similare sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului.

Singurele documente oficiale emise de Beneficiarul investiției - Municipiul Oradea, respectiv Certificatele de bună execuție nr. 286198 și nr. 286194/27.09.2017, transmise inițial la data de 11.09.2019 prin adresa nr. 1730/11.09.2019 și ulterior retransmise prin răspunsul înregistrat la ...cu nr. 101641/20.09.2019, nu confirmă faptul că terțul susținător ... a proiectat și executat lucrările ce au constituit obiect al contractului de subantrepriză, prezentat ca experiență similară și cu atât mai mult ca obiectul Contractului nr. 156580/12.08.2014 „*Implementare proiect la sursa CET Oradea*" reprezintă lucrări similare sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului.

În plus, Certificatele de recepție preliminară nr.1454/08.03.2016 și nr. 1456/08.03.2016, nu sunt emise de Beneficiarul investiției - Municipiul Oradea și nici nu confirmă faptul că terțul susținător .. SRL a proiectat și executat lucrările ce au constituit obiect al contractului de sub antrepriză, prezentat ca experiență similară.

Concluzionând, contestatoarea precizează că oferta depusă de asocieria .. se impune a fi respinsă ca inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește criteriile de calificare privind experiența similară, stabilite în documentația de atribuire, iar răspunsurile ofertantului la solicitările de clarificări privind noul terț susținător .. sunt neconcludente.

Dovada certă a încălcării de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 221 din Legea nr.99/2016, și anume crearea unui avantaj evident în favoarea ofertantului ... declarat câștigător, prin solicitări repetate de clarificări, chiar formularea unor clarificări la clarificări, cu privire la prezentarea informațiilor/documentelor justificative în legătură cu contractele prezentate în DUAE ca experiență similară, si ofertantul în cauză a transmis, atât în etapa de evaluare, cât

și la reevaluare, în nenumărate ori, răspunsuri neconcludente, reprezintă și faptul că, oferta unui alt participant în cadrul acestei proceduri - ACSA OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A.U., a fost respinsă ca inacceptabilă „*deoarece ofertantul nu a transmis în termenul precizat de comisia de evaluare clarificarile/completările solicitate prin adresa înregistrată la RAJA S.A. cu nr.53600/20.06.2018 și postată în SE AP la Secțiunea „Întrebări” în data de 20.06.2018, cu termen de răspuns data de 25.06.2018, pentru evaluarea DUAE*”.

În condițiile în care, un participant în cadrul aceleiași proceduri transmite răspunsul la solicitările de clarificări cu doar o zi de întârziere (nu la data de 25.06.2018, ci la data de 26.6.2018, ora 10.02), cu privire la același aspect, respectiv prezentarea informațiilor/documentelor justificative referitoare la contractele prezentate în DUAE ca experiență similară, iar celălalt participant nu transmite deloc documentele solicitate, oferta primului ofertant ACSA OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A.U., este declarată inacceptabilă, în conformitate cu art. 140 alin.(4) din HG nr.394/2016, iar în privința celui alt ofertant Asocierea ... deși acestea sunt considerate neconcludente, ofertantul în cauză nefiind în măsură să prezinte documentele solicitate, în loc să declare inacceptabilă oferta depusă de acest ofertant entitatea contractantă a solicitat acestuia înlocuirea terțului susținător CONSORZIO STABILE EBG, declarat inițial în DUAE.

4. Oferta Asocierii .. este neconformă, întrucât în cadrul Propunerii tehnice, ofertantul nu a respectat cerințele din Documentația de Atribuire, și anume: Capitol 2 - Cerințele Autorității Contractante, Secțiunea 5 , Partea 1, Cerințe Specifice Proiectului, Cap.4 DATE DE PROIECTARE, pag. 10, conform careia „In cazul in care întreruperea aprovizionării este inevitabilă, o închidere totală a alimentării cu apă de până la 4 ore poate fi stabilită cu Inginerul pe baza asigurărilor privind suficiența cantitatilor de apă înmagazinate pentru cererea zilnică de apă ce poate fi îndeplinită în cursul oricărei perioade de 24 de ore care conțin închiderea ”.

Obiectul acestor lucrări fiind reabilitarea unui sistem de alimentare cu apă, ce deservește populația, lucrările existente de pompare trebuie menținute în permanență funcționale pe perioada execuției lucrărilor nou contractate, astfel încât cerința de mai sus, prevăzută în Formularul 7, este imperios necesar a fi tratată și prezentată în cadrul ofertei tehnice. Complexitatea acestui tip de lucrări necesită utilizarea de resurse materiale și tehnice ce trebuie demonstrate și incluse în faza de ofertare.

Ignorând complet specificațiile menționate expres în Documentația de atribuire, Comisia de evaluare a considerat ca fiind îndeplinită această cerință, prin prezentare de către Asocierea ... în cadrul ofertei a aspectelor de ordin operațional doar prin text descriptiv, în condițiile în care acesta trebuia să fie însoțit și de planșe și/sau diagrame. Totodată, în cadrul ofertei depuse nu a fost prezentat nici Planul pentru toate

lucrările temporare necesare pentru păstrarea funcțiunilor lucrărilor existente.

Prin urmare, ofertantul Asocierea ..., declarat câștigător nu a respectat cerința expresă din Documentația de atribuire - Formularul 7, neprezentând în cadrul ofertei depuse Planul propus, solicitat prin cerința b) a Formularului.

Cu toate ca asocierea ..., a prezentat responsabilitățile privind asigurarea continuității funcționării sistemului, nici în cadrul ofertei depuse și nici prin răspunsurile la solicitările de clarificări, ofertantul declarat câștigător nu a prezentat un plan pentru lucrările necesare, însoțit de planșe și/sau diagrame, fapt care atestă nerespectarea cerințelor Caietului de sarcini.

În raport cu cerința expresă stabilită prin Documentația de atribuire, simpla prezentare a responsabilităților privind asigurarea continuității funcționării sistemului nu echivalează cu obligația de a prezenta (conform cerințelor din Caietul de sarcini) documentele care demonstrează îndeplinirea acestei cerințe, respectiv Planul pentru toate Lucrările Temporare necesare pentru păstrarea funcțiunilor lucrărilor existente.

Nedepunerea în cadrul ofertei a Planului în cauză, a planșelor și/sau diagramelor care însoțesc textul descriptiv, în vederea demonstrării menținerii în operare a facilităților/instalațiilor existente, în timp ce Lucrările propuse se vor afla în execuție, demonstrează fără echivoc caracterul neconform al ofertei Asocierii

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 15777/24.04.2020, entitatea contractantă a solicitat respingerea ca tardivă a cererii privind anularea parțială a procesului-verbal nr. 33/10.01.2020 cu privire la evaluarea componentei tehnice a ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător precum și privind anularea procesului-verbal nr. 36/03.04.2020, termenul de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 fiind în mod evident depășit la data depunerii contestației.

Pe fond, a solicitat respingerea ca nefondată a contestației ... motivat de următoarele aspecte:

1. critica privind inaplicabilitatea în speță a prevederilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 trebuie apreciată prin prisma prevederilor potrivit cărora dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul din motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178, 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din lege.

- în conformitate cu cele dispuse prin decizia civilă nr. 119/CA/29.05.2019 a Curții de Apel Constanța a fost inițiată procedura de clarificare a aspectelor reținute în cuprinsul considerentelor acestei hotărâri, sens în care am solicitat ofertantului Asocierea ... clarificări cu

privire la îndeplinirea cerinței privind experiența similară a terțului susținător propus inițial.

- cum răspunsurile furnizate de ofertant la clarificările solicitate în sensul mai sus arătat nu au fost de natură a lămuri aspectele reținute în cuprinsul considerentelor deciziei civile nr. 119/CA/29.05.2019 a Curții de Apel Constanța, s-a solicitat ofertantului ca, în acord cu dispozițiile art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016 să procedeze la înlocuirea terțului susținător

- în contextul analizei conținutului prevederilor art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016, contestatoarea admite fără echivoc, în cuprinsul contestației (pag. 12), faptul că înlocuirea terțului susținător poate fi solicitată, de către entitatea contractantă, atunci când, în perioada de evaluare,"(...) se constată cert, în baza informațiilor/documentelor prezentate că, terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile de calificare (...) "; este exact situația care a fundamentat decizia entității contractante de a solicita ofertantului să procedeze la înlocuirea terțului susținător inițial. Astfel, Comisia de evaluare, constatând, în mod cert, în baza informațiilor și documentelor prezentate cu ocazia răspunsurilor la solicitările noastre de clarificări că terțul susținător propus inițial de ofertantul Asociera .. nu îndeplinește criteriile privind capacitatea tehnică - nefiind dovedită îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară - a solicitat în baza prevederilor art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016 înlocuirea acestui terț susținător.

- apărarea contestatoarei este cel puțin contradictorie câtă vreme deși, în mod evident își însușește interpretarea pe care entitatea contractantă a dat-o dispozițiilor art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016, admitând și acceptând că înlocuirea terțului susținător este permisă/legală în situația în care acesta nu îndeplinește un criteriu privind capacitatea, aceeași contestatoare susține că, în mod nelegal, s-ar fi solicitat ofertantului să procedeze la înlocuirea terțului susținător care, în mod cert, nu îndeplinea criteriul anterior menționat.

- conduita concretizată în solicitarea de înlocuire a terțului susținător se circumscrie întocmai interpretării pe care chiar contestatoarea înțelege s-o dea dispozițiilor art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016, aceasta admitând explicit faptul că înlocuirea terțului susținător este acceptată în ipoteza în care terțul propus inițial nu îndeplinește un criteriu privind capacitatea.

2. este nefondată aprecierea contestatoarei, în sensul că s-ar fi impus ca entitatea contractantă, renunțând la posibilitatea de a solicita înlocuirea terțului susținător propus de ofertantul ASOCIEREA ..., să respingă oferta acestuia ca inacceptabilă, prin raporate la disp. art. 140 alin. 4 din HG nr. 394/2016, reținând că răspunsurile ofertantului la solicitările de clarificări emise de entitatea contractantă nu ar fi concludente.

- ținând cont și de măsurile dispuse în sarcina entității contractante prin Decizia civilă nr. 119/CA/29.05.2019 a Curții de Apel Constanța,

eventuala respingere ca inacceptabilă a ofertei ..., fără a-i solicita acestui ofertant în prealabil înlocuirea terțului susținător ce nu îndeplinea criteriul privind experiența similară, s-ar fi conturat ca o măsură excesivă și în vădită contradicție tocmai cu principiul proporționalității, dar și cu cel al tratamentului egal reglementate de disp. art. 2 din Legea nr. 99/2016

3. este nefondată și critica privind faptul că răspunsurile ofertantului declarat câștigător ar fi fost neconcludente, ceea ce ar fi atras respingerea ca inacceptabilă a ofertei;

- documentele prezentate de ofertant pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară a noului terț susținător, cât și răspunsurile formulate de ofertant la solicitările de clarificări sunt concludente în sensul art. 140 din HG nr. 394/2016; dovada îndeplinirii cerinței a fost făcută, într-o primă etapă, prin contractul *Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul municipiului Oradea în scopul reunificării la legislația de mediu și creșterii eficienței - implementare proiect la sursă CET Oradea*, în cadrul terțului susținător ... a deținut calitatea de subcontractant al antreprenorului general, aspect reținut de conținutul contractului de subantrepriză nr. 2565/01.09.2014 și al actelor adiționale la acesta.

- trebuie avut în vedere și faptul că în cadrul certificatelor de bună execuție nr. 286198/27.09.2017 și nr. 286194/27.09.2017 eliberate de Beneficiarul final al lucrării, Mun. Oradea, care se coroborează cu conținutul Proceselor - verbale de recepție la terminarea lucrărilor nr.174068 și nr. M154702 încheiate între Antreprenorul general și Beneficiarul lucrării, dar și cu cel al Certificatului de recepție preliminară pentru statia pompe de termoficare nr. 1456/08.03.2016, eliberat de Safege SAS - reprezentantul achizitorului, Primăria Municipiului Oradea și cel al Certificatului de recepție preliminară pentru stația electrică și centrul de comandă nr. 1454/08.03.2016, eliberat de Safege SAS - reprezentantul achizitorului, Primăria Municipiului Oradea.

- toate documentele anterior menționate dovedesc în mod neechivoc îndeplinirea cerinței vizând experiența similară de către noul terț susținător, inclusiv prin prisma rigorilor impuse de prevederile art. 14 alin. 3 lit. b din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017

- deosebit de important din perspectiva aprecierii conduitei contestatoarei este maniera în care aceasta înțelege să analizeze conținutul documentelor anterior arătate. Astfel, în încercarea sa de a argumenta ipoteza potrivit căreia noul terț susținător nu ar îndeplini cerința vizând experiența similară, contestatoarea susține că toate aceste documente ar fi neconcludente, în condițiile în care nu s-ar fi probat nici împlinirea executării proiectării lucrărilor ce au format obiectul Contractului și nici împlinirea finalizării în bune condiții a lucrărilor, certificatele de recepție preliminară mai sus nominalizate nefiind eliberate de Beneficiarul final al investiției (Mun. Oradea), ci de

Safege SAS, persoană apreciată de contestatoare ca fiind terț față de Contract.

- astfel, așa cum bine cunoaște contestatoarea și cum rezultă de altfel din chiar cuprinsul Raportului final al procedurii, Safege SAS nu este un terț față de contract care, în această calitate și în lipsa oricărui fundament juridic sau convențional a eliberat certificate de recepție preliminară terțului susținător. Safege SAS este reprezentantul Beneficiarului final al Investiției - Mun. Oradea, nefiind așadar nicidecum un terț față de contract, astfel cum în mod deliberat eronat susține contestatoarea.

- prin urmare, Safege SAS a eliberat Certificatele de recepție preliminară în calitatea sa de reprezentant al Beneficiarului final al Investiției - Mun. Oradea.

4. se impune înlăturarea criticii contestatoarei referitoare la încălcarea, de către ofertantul declarat câștigător, a cerinței exprese din Documentația de atribuire - Formularul 7 cerința b) ,în esență, această critică a contestatoarei nemiaputând fi analizată câtă vreme aceasta a fost deja dezlegată în cuprinsul considerentelor Deciziei civile nr. 119/CA/29.05.2019 a Curții de Apel Constanta (pag. 49 - 50 din Decizie), intrând astfel în puterea lucrului judecat.

Prin adresa nr. 1345/07.05.2020, în registrată la CNSC cu nr. 17771/08.05.2020, contestatoarea, în urma primirii punctului de vedere al entității contractante și studierii dosarului cauzei, formulează concluzii scrise prin care solicită respingerea excepției tardivității capătului de cerere nr. 3, privind anularea parțială a procesului verbal nr. 33/10.02.2020 și a procesului verbal nr. 36/030.04.2020, deoarece cu privire la aceste documente a fost informată prin raportul procedurii de atribuire nr. 35135/06.04.2020, dată față de care formularea contestației respectă termenul legal de 10 zile.

De asemenea, contestatoarea reiterează ideea că, în condițiile în care a considerat neconcludente răspunsurile la solicitările de clarificări primite de la ofertantul declarat câștigător, entitatea contractantă avea obligația, în virtutea prevederilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, să respingă oferta acestuia ca inacceptabilă.

Totodată, contestatoarea susține că prin solicitarea și acceptarea înlocuirii terțului susținător, entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 197 din Legea nr. 99/2016, nefiind respectat principiul tratamentului egal.

Contestatoarea susține că entitatea contractantă a încălcat principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție sectorială prin acordarea unui termen suplimentar pentru a prezenta documentele aferente noului terț susținător.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de licitație deschisă a fost inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect

„REABILITARE STAȚIE DE POMPARE APĂ BRUTĂ GALEȘU. REABILITARE COMPLEX DE ÎNMAGAZINARE PALAS: SP1, SP2, ȘI REȚELE ÎN INCINTĂ. REABILITARE PUT P0-CONSTANȚA NORD, JUDEȚUL CONSTANȚA”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. 183611/16.03.2018. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „costul cel mai scăzut”, valoarea estimată totală a contractului fiind de 45.456.639 lei, fără TVA.

Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206227694/1, în data de 21.04.2020, prevăzută de art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 220.000 lei.

Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 61¹ alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. 35135/06.04.2020, au fost depuse 4 oferte, 3 dintre acestea fiind considerate admisibile, în urma aplicării criteriului de atribuire, câștigătoare a fost declarată oferta asocierii

Prin prezenta contestație, ..., în calitate de lider al asocierii ..., formulează critici cu privire la modul de evaluare de către entitatea contractantă a ofertei declarate câștigătoare, susținând că aceasta, conform Hotărârii nr. 119/29.05.2019 pronunțată de Curtea de Apel Constanța, avea obligația de solicita clarificări și întrucât le-a apreciat ca fiind neconcludente ar fi trebuit să respingă oferta ca inacceptabilă, fără a solicita ofertantului înlocuirea terțului susținător, deoarece această solicitare încalcă principiul tratamentului egal și creează un avantaj evident, invocând că un alt ofertant a fost respins pentru întârzierea răspunsului la o solicitare de clarificări.

De asemenea, contestatoarea formulează critici și cu privire faptul că documente prezentate pentru ..., terț susținător declarat de ofertantul declarat câștigător pentru a face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, nu sunt concludente în sensul că nu confirmă că aceasta a proiectat și a executat lucrările ce fac obiectul contractului de subantrepriză și nu sunt emise de beneficiar.

În ceea ce privește prima critică, Consiliul reține că, în conformitate cu Hotărârea nr. 119/29.05.2019 pronunțată de Curtea de Apel Constanța, entitatea contractantă avea obligația de a solicita prezentarea de documente suplimentare privind îndeplinirea cerinței privind experiența similară și a celei privind cifra de afaceri, obligație îndeplinită prin adresele nr. 80114/23.07.2019 și nr. 83838/02.08.2019.

De asemenea, Consiliul reține că entitatea contractantă, urmare a faptului că a considerat răspunsurile și documentele primite ca fiind neconcludente, a solicitat ofertantului declarat câștigător înlocuirea terțului susținător.

Consiliul reține, ca incidente, prevederile art. 197 din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv "(1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)", conform cărora entitatea contractantă are obligația nu dreptul de a solicita înlocuirea terțului, fără a corela această obligație cu existența mai multor ofertanți aflați în aceeași situație, contrar susținerilor contestatoarei, din acest punct de vedere decizia instanței nu a interzis în mod explicit obligația entității contractante de a solicita înlocuirea terțului în cazul în care documentele prezentate nu sunt convingătoare.

Totodată, Consiliul reține că deși a utilizat sintagma "neconcludent" cu privire la răspunsurile primite de la ofertantul declarat câștigător la solicitările de clarificări mai sus menționate în procesele verbale existente la dosarului cauzei, entitatea contractantă s-a referit la faptul că documentele depuse nu dovedesc îndeplinirea cu certitudine de către terțul declarat inițial a cerințelor de calificare pentru care a dat susținere, consecința legală fiind înlocuirea acestuia, prevederile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, referindu-se la obligația de a respinge un ofertant care a transmis un răspuns considerat neconcludent, în cazul în care nu mai poate fi luată altă măsură de remediere a inadvertenței care a condus la respectivul răspuns neconcludent.

Referitor la criticile contestatoarei legate de documentele depuse de ..., în calitate de terț susținător, pentru a demonstra îndeplinirea cerinței privind experiența similară, Consiliul reține faptul că aceasta nu prezintă dovezi obiective din care să rezulte că terțul susținător nu a prestat serviciile sau nu a executat efectiv lucrările în cauză, ci se limitează la susținerea că, în opinia sa, documentele prezentate nu sunt concludente din acest punct de vedere, inadverențele sesizate fiind de natură formală.

În acest sens, Consiliul reține că, în urma solicitării entității contractante de înlocuire a terțului susținător pentru cerința privind experiența similară și de prezentare a documentelor ce dovedesc îndeplinirea respectivei cerințe de calificare, ofertantul declarat câștigător a nominalizat operatorul economic ... ca terț susținător și a prezentat contractul de subantrepriză nr. 2565/01.09.2014 încheiat cu .., membru

al asocierii ..., câștigător al contractului nr. 156580/12.08.2014, având ca obiect "Implementare proiect la sursa CET Oradea", reținut fiind faptul că ... a fost declarat subcontractant în oferta inițială conform documentelor ce pot fi accesate prin anunțul de atribuire nr. 150114/24.09.2014.

Consiliul reține din corespondența dintre entitatea contractantă și ofertantul declarat câștigător următoarele:

- prin adresa nr. 95104/05.09.2019, entitatea contractantă, în virtutea deciziei anterioare a instanței, a solicitat, în principal, deși face referire și alte documente, înscrisuri emise de beneficiarul lucrărilor, ofertantul câștigător prezentând certificare de bună execuție nr. 286198/27.09.2017 și certificare de execuție nr. 286194/27.09.2017 în care se regăsesc descrierile și valorile părților din contract executate de .. în cadrul contractului de subantrepriză, reținut fiind că în conformitate cu prevederile art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, pentru subcontractanți este suficientă confirmarea de către antreprenorul general și atestarea de către beneficiarul final a calității de subcontractant;
- prin adresa nr. 99075/16.09.2019, entitatea contractantă, apreciind ca insuficiente și neclare documentele primite, solicită clarificarea faptului că în cadrul contractului nr. 156580/12.08.2014 a proiectat și executat stație de pompare și/sau lucrări superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului, prin transmiterea de documente oficiale, ofertantul câștigător a prezentat certificat de recepție preliminară pentru stația pompe de termoficare nr. 1456/08.08.2016, certificat de recepție preliminară pentru stația electrică și centrul de comandă nr. 1454/08.08.2016, conform cărora, în calitate de subcontractant, a prestat serviciile de proiectare și executat lucrările la care se referă respectivele documente, cu mențiunea că respectivele documente au fost eliberate de consultantul tehnic angajat de beneficiar și țin loc de proces verbal la terminarea lucrărilor, fiind practic echivalent cu un document eliberat de beneficiar.

Consiliul constată că documentele prezentate confirmă prestarea serviciilor și execuția lucrărilor prezentate ca experiență similară de către terțul susținător și apreciază, în lipsa unor argumente tehnice semnificative prezentate de contestatoare, că serviciile și lucrările respective sunt cel puțin egale dacă nu superioare din punctul de vedere al complexității, serviciilor și lucrărilor ce fac obiectul prezentului contract sectorial.

Întrucât, urmare a Hotărârii nr. 119/29.05.2019 pronunțată de Curtea de Apel Constanța, entitatea contractantă nu a avut obligația reverificării propunerilor tehnice, Consiliul respinge, ca tardiv formulate, prin raportare la data la care contestatoarea a luat asupra faptului că

propunerea tehnică depusă de ofertantul declarat câștigător a fost considerată conformă, criticile legate de faptul că respectiva propunere tehnică nu respectă integral cerințele din documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de .., în contradictoriu cu entitatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, împotriva acesteia putând fi formulată plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 16 (șaisprezece) pagini.