

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 590/C5/392

Data: 15.03.2023

Prin contestația nr. 48/16.02.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 7831/16.02.2023, înaintată de SRL (membru al asocierii SRL - SRL - SRL - SRL), cu sediul în orașul, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, și convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul, formulată împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr. 2812 din 06.02.2023 și a raportului procedurii nr. 2796 din 06.02.2023, acte emise în cadrul licitației deschise organizate în vederea încheierii acordului-cadru de „Execuție lucrări de reparații, reabilitări și modernizări la unitățile sanitare și imobilele aflate în administrarea Administrației Spitalelor și Serviciilor Medicale, ce a fost inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1038127 din 30.12.2021, de către autoritatea contractantă, cu sediul în municipiul, s-a solicitat

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, ... SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în municipiul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, a formulat cererea de intervenție voluntară nr. 115/01.03.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. /01.03.2023 și a solicitat respingerea contestației, în principal, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes și căreia îi lipsește calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia arată că este netemeinică și nelegală decizia autorității contractante, prin care asocieria SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, ca urmare a punerii în executare a deciziei civile nr. 2948/22.11.2022, pronunțată în dosarul nr. 7828/2/2022 de Curtea de Apel, fiind dispusă cu nesocotirea deciziei instanței.

Din considerentele deciziei nr. 2948/22.11.2022 rezultă faptul că instanța de control judiciar a admis critica din contestație privind modul efectiv prin care terțul susținător al asocierii SRL - SRL, și anume SRL, va executa propriul angajament de susținere a experienței similară. Instanța a reținut faptul că, din documentele prezentate de această asocierie odată cu angajamentul de susținere, la data limită de depunere a ofertei, nu rezultă modul efectiv prin care terțul susținător va executa propriul angajament de susținere, așa cum prevăd dispozițiile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și nici care sunt „resursele/echipamentele/personalul care sunt puse la dispoziția operatorului economic”, așa cum se solicită prin Formularul 7 din documentația de atribuire.

Prin urmare, din dispozițiile anterior menționate rezultă faptul că modul efectiv prin care terțul susținător va executa propriul angajament se demonstrează prin documentele depuse odată cu respectivul angajament, iar din prevederile formularului 7 rezultă faptul că în cadrul angajamentului trebuie să se menționeze explicit resursele/echipamentele/personalul care sunt puse la dispoziția operatorului economic.

Astfel, în raport de aceste dispoziții, de prevederile documentației de atribuire (Formularul 7) și de considerentele deciziei nr. 2948/22.11.2022, este evident faptul că reevaluarea ofertei depuse de asocieria SRL - SRL, dispusă prin decizia Curții de Apel, se poate face prin raportare la documentele depuse deja în cadrul ofertei și, nicidecum prin evaluarea documentelor prezentate ulterior, ca urmare a solicitării de clarificări (nr. 812/13.01.2023), formulate în etapa de reevaluare.

Acționând contrar celor prezentate anterior, autoritatea contractantă a aplicat un tratament preferențial, cu nerespectarea principiului tratamentului egal, solicitând completarea ofertei depuse de SRL cu documente/informații, din care să rezulte îndeplinirea prevederilor art. 182 alin. (4) și a prevederilor Formularului 7, chiar dacă aceasta avea obligația de a le prezenta în cadrul ofertei, până la data limită de depunere.

În acest context, oferta depusă de asocieria SRL - SRL se impune a fi respinsă, ca inadmisibilă, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, pentru neîndeplinirea cerinței privind experiența similară.

Prin adresa nr. 4198/20.02.2023, înregistrată la Consiliu cub nr. 8644/21.02.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, iar prin adresa nr. 4613/24.02.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 9463/24.02.2023, a transmis copia dosarului achiziției publice.

Văzând criticile formulate de SRL, referitoare la presupusa nelegalitate a modului de reevaluare a ofertei depuse de asocierea SRL - SRL, în ceea ce privește experiența similară, autoritatea contractantă arată, contrar opiniei contestatorului, că reevalaurea a fost făcută cu respectarea tuturor prevederilor legale [art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016], a Hotărârii Curții de Apel nr. 2948 din 22.11.2022, precum și a documentației de atribuire (pagina 7 din anunțul de participare nr. CN1038127/30.12.2021, modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 4, notele numărul 1-3).

Mai mult, autoritatea contractantă învederează faptul că ofertantul a depus, în probarea modului efectiv prin care terțul susținător SRL va asigura îndeplinirea integrală, regulamentară și la termen a tuturor obligațiilor asumate, constând din experiența similară și personalul de specialitate, respectiv resursele/ echipamentele/personalul care sunt puse la dispoziția operatorului economic, aceleași documente justificative, atât prima dată (în etapa de evaluare inițială), cât și a doua oară, în urma solicitării de clarificări, cu ocazia reevaluării ofertei.

Printre respectivele documente, autoritatea contractantă enumeră, cu titlu de exemplu, extrasul REVISAL cu personalul de specialitate (angajat cu contracte individuale de muncă pe perioadă nedeterminată, fiind enumerați aceiași salariați, atât în etapa inițială de evaluare, cât și în etapa de reevaluare), contractele de închiriere de echipamente, precum și planul de mobilizare/angajament de susținere detaliat - terț susținător.

În cadrul planului de mobilizare, terțul susținător a detaliat modul în care înțelege să își îndeplinească obligațiile asumate. Astfel, a precizat, în mod concret, printre altele că, în situația în care asocierea va întâmpina dificultăți pe parcursul execuției lucrărilor, în baza angajamentului ferm privind susținerea tehnică, profesională și financiară acordată în calitate de terț susținător, ...SRL se va implica în mod direct prin preluarea parțială sau totală a obligațiilor ce decurg din angajamentul ferm însoțit pentru implicarea în realizarea lucrărilor contractate. Astfel, terțul susținător se va mobiliza și va implica/angaja resursele tehnice, profesionale, cât și financiare necesare, astfel încât să intervină/să preia eficient execuția lucrărilor.

Pentru respectarea cerințelor contractuale, în planul de mobilizare, ...SRL a declarat că deține, în proprietate, un număr semnificativ de resurse tehnice, respectiv utilaje, instalații și echipamente tehnice, mijloace de transport necesare pentru realizarea

contractului, precum și personal specializat cu o vastă experiență în domeniu, precizând că, atunci când se va constata necesitatea acestor resurse, iar asocierea va solicita intervenția de îndată a terțului, acesta va pune la dispoziția asocierii susținerea necesară, în ceea ce privește forța de muncă, resursele tehnice și materiale.

.....SRL a mai precizat că va pune la dispoziția asocierii resursele umane necesare execuției lucrărilor, de ex: schelari, fierari-betoniști, betoniști, dulgheri, zidari, zugravi, tencuitori, vopsitori, montatori tâmplărie, lăcătuși mecanici, lăcătuși montatori, izolatori hidrofulgi și termici, muncitori deservire gips-carton/placaje, pavatori, peisagist, tinichigii, instalatori, parchetari, instalatori frigotehniști, instalatori ventilatoriști, instalatori electricieni, instalatori gaze naturale, instalatori rețele termice și sanitare, instalatori încălzire, instalatori centrală, instalatori instalații tehnico-sanitare și de gaze, instalatori alimentare apă/montatori conducte, electricieni autorizați automatizare, sudori autorizați, muncitori necalificați etc., personal de care dispune, atât în baza colaborărilor de lungă durată cu echipele de muncitori contractați în realizarea lucrărilor din portofoliu, cât și prin strânsă colaborare cu agențiile de recrutare de personal specializat.

De asemenea, ...SRL a precizat că deține o serie de echipamente/utilaje/ unelte necesare execuției lucrărilor și are încheiate contracte de prestări servicii/închiriere/locățiune cu societăți și parteneri ce pun la dispoziție o varietate mare de utilaje de nouă generație, ce optimizează timpul de execuție prin realizarea unor categorii de lucrări, fără utilizarea unei resurse umane considerabile.

Pentru fluidizarea procesului de producție și înlăturarea timpilor morți, terțul susținător a precizat că va avea permanent în vedere asigurarea șantierului, la timp, pe faze de execuție, cu materiale (fier beton, ciment, cofraje, etc.), a semifabricatelor (mortar, beton, tâmplărie interioară și exterioară), precum și asigurarea cu mijloace de producție indispensabile pentru lucrările ce se efectuează. Materialele (sub formă de semifabricate), ce se vor pune în operă, se vor procura de la furnizorii/ producătorii locali, avându-se în vedere că aceste materiale vor fi verificate calitativ și cantitativ și vor fi însoțite de certificate de calitate și buletine de analiză. Mortarele și betoanele vor fi aduse numai de la stații de betoane autorizate. Materialele se vor depozita în funcție de volum, valoare, caracteristici fizico-chimice în anexă sau în curtea din spatele obiectivului. Toate materialele vor fi depozitate astfel încât să se garanteze protecția lor împotriva furturilor, avariilor, respectându-se cu strictețe instrucțiunile producătorului.

Toate chestiunile detaliate în planul de mobilizare au fost probate cu documentele suport existente la dosarul achiziției.

Totodată, autoritatea contractantă arată că a avut în vedere toate documentele depuse în ofertă, în vederea îndeplinirii cerinței referitoare

la experiența similară declarată de societatea SRL, atât în calitate de terț susținător, cât și de subcontractant.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că angajamentul privind susținerea tehnică și/sau profesională depus de SRL respectă în totalitate formularul din cadrul documentației de atribuire. Mai mult, angajamentul este susținut de DUAE, în care sunt precizate, în mod clar și concret, contractele declarate ca experiență similară.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, ... SRL a formulat cererea de intervenție voluntară nr. 115/01.03.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr./01.03.2023, solicitând respingerea contestației, în principal, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes și căreia îi lipsește calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

În sprijinul excepției invocate, intervenientul arată că autoarea contestației nu întrunește condițiile privitoare la interesul de a formula prezenta cerere și nu deține calitatea de persoană vătămată în sensul legii [art. 2 alin. (1), art. 8 alin. (1) lit. a), art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 2 alin. (2) teza a doua din Directiva 89/665/CEE, pct. 90 din Directiva 2014/24/UE].

Oferta asocierii din care face parte contestatorul a fost declarată definitiv neconformă și inacceptabilă, iar asocierea a fost exclusă definitiv de la prezenta procedură de atribuire, prin efectul și de la data Deciziei civile nr. 2948/22.11.2022, pronunțată de Curtea de Apel - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 7828/2/2022, prin care a fost menținută decizia CNSC nr. 2221/C5/1453 din 24.10.2022, de respingere a contestației și de menținere a deciziei comisiei de evaluare constând în respingerea ofertei asocierii contestatorului, ca neconformă și inacceptabilă.

În acest fel, devin pe deplin aplicabile dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în sensul că asocierea SRL - SRL - SRL - SRL nu mai întrunește condițiile legale pentru a fi considerată persoană vătămată, astfel că nu mai are calitatea de persoană care poate contesta raportul procedurii, atacat în cauza de față.

Interesul lipsește nu numai ca efect al dispozițiilor legale mai sus menționate, dar și al dreptului procesual civil, căci nu există interes în sensul de folos practic pe care să îl poată obține contestatorul în procedura de atribuire de față (deoarece condițiile privind existența interesului se analizează și raportează strict la procedura de atribuire de față).

Odată cu excluderea definitivă a asocierii contestatoarei din procedura de atribuire, interesul său nu mai este personal, nu mai este direct (reclamanta nu își mai apără un drept direct și personal) nu este născut și nici actual (deoarece în procedura de atribuire de față

reclamanta nu poate înregistra niciun prejudiciu). Interesul contestatorului în atacarea rezultatului procedurii de atribuire, din care nu mai face parte, lipsește, deoarece nu mai poate fi justificat, sub aspectul folosului practic urmărit prin demersul legal (conform condiției ca interesul să fie născut și actual), contestatorul nemaiputând dovedi un beneficiu direct pe care l-ar obține în cazul admiterii contestației sale.

În acest sens, intervenientul amintește o parte a deciziilor civile, în care instanța a reținut, în unanimitate, lipsa de interes în spețe identice cu cea de față (Decizia civilă nr. 153/2022, Curtea de Apel Constanța; Hotărârea nr. 1582/2022 din 12.09.2022; Decizia civilă nr. 1071/2020, Curtea de Apel Galați; Decizia civilă nr. 192/2022, Curtea de Apel Constanța; Decizia civilă nr. 555/2020, Curtea de Apel Timișoara; Curtea de Apel Craiova, Decizia nr. 1718/2020; Curtea de Apel Iași, Decizia nr. 752/2020).

Pe fondul cauzei, intervenientul solicită respingerea, ca neîntemeiată, a contestației, arătând că, în fapt, oferta sa este conformă. Criteriile de calificare privind „Capacitatea tehnică și/sau profesională” – experiența similară - sunt îndeplinite prin subcontractantul SRL.

Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, fiind depuse, odată cu oferta, actele relevante în demonstrarea cerințelor documentației, și anume: DUAЕ, în care sunt menționate contractele de experiență similară și cifra de afaceri, acordul de subcontractare, contractele de lucrări aferente experienței similare în copie, bilanțuri, împuterniciri, declarații, atestări/autorizații, ISO-uri, documentele suport ale personalului, regăsindu-se, totodată, în cadrul ofertei tehnice depuse informații cu privire la rolul, resursele, implicarea și executarea lucrărilor de către subcontractant în derularea contractului (pag. 278 din propunerea tehnică), precum și extrasul Revisal și contractele de închiriere echipamente la solicitarea autorității.

Intervenientul susține că oferta sa nu a fost completată prin actele depuse „încă o dată” ca urmare a solicitării de clarificări emise de autoritate, iar aceasta nu a creat un avantaj nelegal prin emiterea solicitării de clarificări, căci emiterea acesteia a fost făcută în executarea deciziei instanței de judecată și în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Chiar dacă actele depuse nu s-ar fi aflat deja la dosarul achiziției (ceea ce nu este cazul), intervenientul susține că nu se afla în situația unei completări a ofertei în sensul legii, căci informațiile existau deja la dosarul cauzei, atât în documentul DUAЕ, cât și în cadrul propunerii tehnice depuse, actele nereprezentând altceva decât completări de confirmare a informațiilor deja cuprinse în ofertă.

Prin urmare, arată intervenientul, autoritatea contractantă fiind ținută să pună în executare hotărârea instanței, și-a îndeplinit această obligație prin reevaluarea ofertei sale sub aspectele reținute în această hotărâre și, pe cale de consecință, a uzat de instrumentul reglementat de art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, această obligație reținându-se de CJUE, prin cauza C-131/16, dar și în practica judiciară în situații identice cu cea de față (Decizia CNSC nr. 1074/C11/889/2022; Decizia CNSC nr. 868/C2/502/2022; Decizia CNSC nr. 2611/C5/2822/03.09.2018; Decizia CNSC nr. 264/C2/67/2022; Decizia CNSC 1088/C6/1014/2022).

Cererea de intervenție a fost comunicată autorității prin mijloace electronice (e-mail), la data de 01.03.2023, iar contestatorului, prin serviciile de poștă, la data de 01.03.2023 (conform dovezilor de la dosarul cauzei).

Prin adresa nr. 56/01.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 10602/02.03.2023, ... SRL reiterează aspectele precizate în contestație, referitoare la nelegalitatea reevaluării ofertei depuse de asocieria SRL - SRL.

Față de aceste concluzii, dar și față de punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, ... SRL a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), adresa înregistrată la CNSC sub nr. 11639/07.03.2023, prin care reia argumentele potrivit cărora contestația formulată de SRL este lipsită de interes și neîntemeiată.

Prin adresa nr. 58/07.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 11715/07.03.2023, ... SRL răspunde la excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de intervenientul SRL, solicitând respingerea ei, ca nefondată.

Contestatorul arată că, prin punerea în executare a deciziei civile nr. 2948/22.11.2022, autoritatea contractantă era obligată să dispună anularea procedurii, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, constatând că niciuna din cele două oferte nu este admisibilă.

Prin decizia civilă nr. 2948/22.11.2022 se reține atât inacceptabilitatea ofertei depuse de asocieria cât și neconformitatea ofertei depuse de asocieria, nemaexistând alte oferte admisibile în prezenta procedură, context în care nu se poate susține că ofertantul asocieria nu are interes în formularea contestației ce face obiectul prezentului dosar. În acest sens, contestatorul invocă decizia CJUE, pronunțată în cauza C-355/15.

Față de considerentele deciziei Curții de Apel, nu se poate reține lipsa de interes a contestatorului, având în faptul că inadmisibilitatea ofertei depuse de asocieria rezultă din aceeași decizie a Curții de Apel, prin care a fost reținută și neconformitatea ofertei depuse de asocieria, decizie care se bucură de autoritatea de lucru judecat și care nu a fost corect pusă în executare.

La rândul său, prin adresa nr. 5814/09.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 12429/09.03.2023, autoritatea contractantă reia apărările expuse în punctul de vedere la contestație, în baza cărora solicită respingerea contestației, ca nefondată. În plus, autoritatea contractantă își exprimă acordul pentru admiterea excepției invocate de SRL, referitoare la lipsa de interes a contestatorului.

Prin adresa nr. 60/09.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 12500/09.03.2023, ... SRL insistă asupra solicitării de respingere a cererii de intervenție formulate de SRL și de admitere a contestației astfel cum a fost formulată.

..... SRL a răspuns, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 13309/14.03.2023, la concluziile scrise formulate de SRL, prin care combate afirmațiile contestatorului.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin actul de sesizare a Consiliului, ... SRL a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

De asemenea, ... SRL prin cererea de intervenție a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

Conform legislației în vigoare, accesul părților la dosarul constituit la Consiliu se face în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

„(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”.

Autoritatea contractată a transmis Consiliului o copie a documentelor emise ulterior deciziei nr. 2221/C5/1453/24.10.2022, constând, în principal, în documente aparținând asocierii SRL – SRL.

Consiliul reține și că asocieria SRL – SRL a declarat, la momentul depunerii ofertei, ca fiind confidențiale informațiile cuprinse în propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv răspunsurile la

clarificări aferente acestora, sens în care a depus „Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial”.

Consiliul apreciază că în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte este relevantă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat:

„43 (...) în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

49 (...) protecția secretelor comerciale constituie un principiu general. (...)

51 (...) în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora. (...)

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora.

55 (...) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.”

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, filele 31-60 din vol. 1/2, precum și vol. 2/2 integral.

Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stipulează că „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”, conform cărora confidențialitatea privește doar propunerea tehnică și propunerea financiară, precum și principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând contestatorului/intervenientei, care, la rândul ei, a invocat caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, accesul la documente

similare ale intervenientei/contestatorului, în această manieră fiind respectate drepturile ambelor părți.

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

Autoritatea contractantă a inițiat, la 30.12.2021, o licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru de „Execuție lucrări de reparații, reabilitări și modernizări la unitățile sanitare și imobilele aflate în administrarea Administrației Spitalelor și Serviciilor Medicale”, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1038127.

În primul ciclu procesual, ... SRL a formulat contestație împotriva primului rezultat al procedurii, atât sub aspectul deciziei prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă, cât și sub aspectul deciziei prin care oferta depusă de asocieria SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare.

Prin decizia nr. 2221/C5/1453/24.10.2022, Consiliul a respins contestația formulată de SRL, ca nefondată, menținând actele emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Împotriva deciziei CNSC nr. 2221/C5/1453/24.10.2022, ... SRL a formulat plângere, atât în ceea ce privește soluția pronunțată cu privire la oferta sa, cât și în ceea ce privește oferta depusă de asocieria SRL - SRL.

Prin decizia nr. 2948/22.11.2022, pronunțată de Curtea de Apel, în dosarul nr. 7828/2/2022, instanța de control judiciar a admis plângerea formulată SRL, membru al asocierii SRL - SRL - SRL - SRL, dispunând:

„Modifică în parte decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în rejudecare.

Admite în parte contestația.

Anulează decizia privind desemnarea câștigătorului, raportul procedurii nr. 15028/07.06.2022 și actele subsecvente, în partea care privește oferta desemnată câștigătoare, depusă de asocieria SRL- SRL, în ceea ce privește experiența similară.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de asocieria SRL - SRL, în ceea ce privește experiența similară, cu respectarea prevederilor legale, documentației de atribuire și a considerentelor prezentei decizii.

Menține în rest decizia CNSC .

Respinge în parte cererea de intervenție.

Definitivă”.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a declara încă o dată câștigătoare oferta depusă de asocieria SRL - SRL (denumită, în continuare asocieria), ca urmare a punerii în executare a deciziei civile nr. 2948/22.11.2022, ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 2812 din 06.02.2023 și a raportului procedurii nr. 2796 din

06.02.2023, în partea ce privește oferta desemnată câștigătoare și obligarea autorității contractante la reevaluarea acesteia, dar și anularea procedurii de atribuire, întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, „astfel cum rezultă din decizia Curții de Apel”.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208898681/1 din 17.02.2023, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei, în valoare de 889.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul reține și că societatea SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară, față de contestația înaintată de SRL, solicitând respingerea acesteia, în principal, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes și căreia îi lipsește calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii și, în subsidiar, ca neîntemeiată. Cererea de intervenție a fost transmisă Consiliului, autorității contractante și contestatorului în data de 01.03.2023, cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat contestația, în SEAP, la data de 21.02.2023.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, în principiu, autoarea având interesul de a fi menținute actele autorității contractante prin care a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire în discuție.

Văzând că intervenientul sprijină deciziile entității contractante, Consiliul consideră a fi accesorie cererea acestuia, potrivit art. 61 alin. (3) din Cod. proc. civ., iar analiza ei va continua în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Privitor la excepția invocată de intervenient, referitoare la lipsa de interes a contestatorului, Consiliul o va cerceta împreună cu fondul contestației, fiind necesară analiza tuturor documentelor care stau la baza cauzei, luând în considerare și capătul de cerere formulat de contestator privind anularea procedurii de atribuire.

Litigiul privește, în esență, presupusa conduită incorectă a comisiei de evaluare, de a declara câștigătoare oferta asocierii SRL - SRL, pe baza unor documente ce ar fi fost prezentate în etapa de reevaluare a ofertei, ca urmare a punerii în aplicare a deciziei pronunțate de Curtea de Apel (denumită, în continuare, Curte/Curtea de Apel).

Contestatorul susține că „reevaluarea ofertei depuse de asocieria SRL - SRL, dispusă prin decizia Curții de Apel, se

poate face prin raportare la documentele depuse deja în cadrul ofertei și, nicidecum, prin evaluarea documentelor prezentate ulterior ca urmare a solicitării de clarificări formulate în etapa de reevaluare, documente care nu au fost depuse odată cu angajamentul de susținere, așa cum prevede dispoziția legală și cum corect reține și Curtea de Apel”.

În soluționarea cauzei, Consiliul reține că, în considerentele deciziei 2948/22.11.2022, Curtea de Apel a motivat astfel soluția pronunțată:

„Din analiza acestor considerente, reiese că ofertantul trebuie să facă dovada că dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea contractului. De asemenea, în raport de natura și obiectivele contractului, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea contractului pot sau nu pot fi transmise ofertantului. În situația în care capacitățile de care dispune terțul nu pot fi transmise ofertantului, acesta nu se poate prevala de respectivele capacități, decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.

Curtea apreciază că pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, terțul susținător trebuia să prezinte pe lângă angajamentul ferm întocmit conform prevederilor legale, documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere.

*Curtea constată că **angajamentul de susținere depus de SRL nu conține prevederi asupra modului concret prin care terțul va îndeplini propriul angajament**, integral și nu numai în partea care îi revine în calitate de subcontractant.*

Astfel, din însuși conținutul Formularului nr. 7 reiese obligația terțului susținător de a indica în mod expres care sunt resursele necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementarea și la termen a tuturor obligațiilor asumate constând în experiența similară și personalul de specialitate, menționându-se că este necesară precizarea explicită a resurselor/echipamentelor/personalului care sunt puse la dispoziția operatorului economic.

*Or, în cuprinsul angajamentului nu se precizează în mod explicit care sunt resursele/echipamentele/personalul care sunt puse la dispoziția operatorului economic, făcându-se trimitere doar la **personalul nominalizat angajat** al societății conform documentelor suport din cadrul ofertei.*

Sub acest aspect, Curtea constată relevanța criticilor petentei, impunându-se ca autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei depuse de asocierea SRL - SRL, din perspectiva îndeplinirii cerințelor prevăzute de art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și de Formularul 7.

Pe de altă parte, Curtea reține că resursa privind experiența similară nu se încadrează în dispozițiile art. 182 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 care prevăd 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».

În conformitate cu art. 1 și 2 alin. 1 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita, atât prin anunțul de participare/de participare simplificat, cât și prin documentația de atribuire, ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce se atribuie prin respectiva procedură, respectiv de a stabili cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

În acest context, chiar dacă experiență similară nu este o resursă transmisibilă, demonstrând că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel care urmează a se încheia nu înseamnă că devin incidente prevederile art. 182 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 care se referă însă la îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, situații în care 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.

În plus, aceste dispoziții se interpretează în sensul că 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 și nu poate fi extins la realizarea integrală a întregului contract cadru, astfel cum susține petenta.

Din aceasta perspectivă, se reține că între Asocierea și SRL s-a încheiat acordul de subcontractare nr. 45/28.01.2022, părțile convenind ca, în cazul desemnării ofertei Asocierii ca fiind câștigătoare la procedura de atribuire având ca obiect acordul cadru «Execuție lucrări de reparații, reabilitări și modernizări la unitățile sanitare și imobilele aflate în administrarea ASSMB», subcontractorul să desfășoare lucrările de monument istoric la unități medicale și parțial lucrări de construcții și instalații specifice medicale, camere curate. Valoarea estimată a serviciilor/lucrărilor ce urmează a fi subcontractate reprezintă 12,5% din valoarea totală a ofertei depuse de Asociere.

Prin urmare, terțul susținător SRL nu doar asigură transmiterea către asocierea căreia i-a acordat susținere, a experienței sale în executarea de lucrări, ci se obligă să desfășoare efectiv parte din lucrări, inclusiv cele de monument istoric.

Prin urmare, din perspectiva încălcării prevederilor art. 182 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, **criticile petentei sunt neîntemeiate.**"

Consiliul observă că, prin decizia sa, Curtea nu a constatat inadmisibilitatea ofertei asocierea, cum eronat susține contestatorul, ci a dispus reevaluarea acesteia, din perspectiva

îndeplinirii cerințelor privitoare la art. 184 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și de formularul 7(a se vedea, în acest sens, paragraful 1 pag. 13 din decizia Curții).

Prin punerea în aplicare a deciziei Curții de Apel, comisia de evaluare a solicitat asocierii, în 13.01.2023, „transmiterea documentelor suport din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător, ...SRL, va asigura îndeplinirea integral, reglementară și la termen a tuturor obligațiilor asumate, constând din experiența similară și personalul de specialitate, respectiv resursele/echipamentele/personalul care sunt puse la dispoziția operatorului economic, documente care se vor constitui anexe la angajament, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016”.

Asocierii, în răspunsul nr. 14/17.01.2023, a menționat, printre altele, că anexează documentele solicitate, **care se regăsesc deja în oferta sa**, „constând în contractele de lucrări ce reprezintă resursa pusă la dispoziția asocierii în vederea acordării susținerii - experiența similară în lucrări, extras revisal cu personalul de specialitate și muncitor, angajat al societății terțe susținătoare, necesar execuției lucrărilor, contractele de închiriere de utilaje și echipamente în vederea realizării integrale a lucrărilor, precum și planul de mobilizare în caz de necesitate. Menționăm faptul că societatea SRL deține contracte de colaborare cu societăți atât în vederea extinderii asigurării de personal, dacă va fi cazul, cât și de utilaje necesare execuției lucrărilor de construcții și instalații, pe cale de consecință asigurăm autoritatea și ne luăm angajamentul ferm ca, în cazul în care va interveni necesitatea, vom duce la bun sfârșit lucrările la termen și în condițiile stricte prevăzute de Beneficiar. Totodată, în calitate de asociere prin lider, ne luăm angajamentul și declarăm ferm în fața autorității că vom respecta toate prevederile contractuale și cerințele documentației de atribuire și vom executa contractele la timp și sub rigorile solicitate și impuse de lege și documentație, beneficiind în prezent de toate resursele materiale și financiare ducerii la îndeplinire a acordului-cadru și a contractelor subsecvente, așa cum ne-am asumat prin oferta depusă.”

Analizând documentele atașate răspunsului din 17.01.2023, Consiliul constată că acestea se regăsesc în oferta asocierii, la secțiunea documente justificative DUAE (vol. 11 din dosarul achiziției), aferente subcontractantului SRL (transmise achizitorului în 30.05.2022):

- contracte de lucrări, cu documentele aferente demonstrării executării lor (pag. 234-430, vol. 11);
- informații privind personalul/extras revisal (pag. 435-437, vol. 11);
- contract închiriere utilaje nr. 185/2020, cu anexa pentru 24 de categorii de utilaje, fiecare având mai multe tipuri de echipamente/utilaje/instalații (pag. 438-449, vol. 11);
- contract închiriere utilaje nr. 45/2018, cu anexa pentru 72 de utilaje/echipamente (pag. 450-458, vol. 11);
- plan de mobilizare/angajament de susținere detaliat - terț susținător, întocmit de SRL (pag. 431-434, vol. 11).

De asemenea, Consiliu observă că modul concret în care SRL va îndeplini angajamentul de susținere este prezentat în **„Planul de mobilizare/angajament de susținere detaliat- terț susținător”** (document depus în justificarea celor cuprinse în DUAЕ, transmis comisiei de evaluare în 30.05.2022), în care se face referire la modul de îndeplinire a propriului angajament, a obligațiilor de decurg din acesta, respectiv punerea la dispoziție a resurselor materiale, financiare, personal, echipamente, instalații, organizarea activității, modalitatea de executare a lucrărilor etc.:

„Terțul susținător se va mobiliza si va implica/angaja resursele tehnice, profesionale cat si financiare necesare, astfel încât sa intervina/sa preia eficient execuția lucrărilor. Menționam faptul ca in acord cu dispozițiile contractuale, asocierea, in cazul in care intampina dificultăți sau întârzieri in execuția lucrărilor acesteia i se va transmite o notificare prin care aceasta sa reintre in grafic si sa recupereze perioada intarziata. (...) Pentru respectarea cerințelor contractuale, ...SRL deține in proprietate un număr semnificativ de resurse tehnice, respectiv utilaje, instalatii si echipamente tehnice, mijloace de transport necesare pentru realizarea contractului precum si personal specializat cu o vasta experiența in domeniu. Astfel, atunci cand se va constata necesitatea acestor resurse, asocierea va solicita interventia tertului de indata, acesta punând la dispoziția Asocierii susținerea necesara in ceea ce privește forța de munca, resursele tehnice si materiale.

In acest scop, ...SRL va mobiliza in termen de 7-10 zile, in funcție de necesitate, echipe de lucru, utilaje, echipamente, dar si resurse materiale astfel incat sa existe o continuitate precisa a lucrului pe șantier si sa nu fie afectat termenul de finalizare a execuției lucrărilor.

.....SRL va pune la dispoziția asocierii resursele umane necesare execuției lucrărilor, de ex: schelari, fierari-betonisti, betonisti, dulgheri, zidari, zugravi, tencuitori, vopsitori, montatori tamplarie, lăcătuși mecanici, lăcătuși montatori, izolatori hidrofug si termic, muncitori deservire gipscarton/placaje, pavatori, peisagist, tinichigii, instalatori, parchetari, instalatori frigotehniști, instalatori ventilatoristi, instalatori electricieni, instalatori gaze naturale, instalatori rețele termice si sanitare instalatori încălzire, instalatori centrala, instalatori instalatii tehnico-sanitare si de gaze, instalatori alimentare apa/montatori conducte, electricieni autorizați automatizare, sudori autorizati, muncitori necalificati etc., personal de care dispune atat in baza colaborărilor de lunga durata pe care le are cu echipele de muncitori contractati in realizarea lucrărilor pe care le are in portofoliu cat si prin stransa colaborare pe care o are cu agențiile de recrutare de personal specializat dar si pe care il demonstrem cu documente anexate prezentei. (...) De asemenea, ...SRL deține o serie de echipamente/utilaje/unelte necesare execuției lucrărilor si are incheiate contracte de prestări servicii/inchiriere /locatiune cu societati si parteneri ce pun la dipozitie o varietate mare de utilaje de noua generație, ce optimizeaza timpul de execuție prin realizarea unor categorii de lucrări fara utilizarea unei resurse umane considerabile, pe care le'va pune la dispoziția Asocierii daca va fi cazul, astfel ca termenul de execuție al lucrărilor sa nu fie intarziat din astfel de motive.

.....SRL isi asuma termenele impuse de Asocierea S.R.L. & SRL prin graficul prezentat in cadrul Propunerii Tehnice, si se angajeaza sa

intervină în așa fel încât să recupereze eventualele întârzieri încadrându-se în termenele intermediare și finale al lucrărilor. (...)

În urma evaluării situației reale din teren cu privire la sectoarele din lucrare realizate până la acel moment de asociere, Palex Construcții Instalații SRL va întocmi o planificare detaliată privind modul de preluare și intervenție rapidă asupra tuturor lucrărilor nefinalizate, estimându-și concret resursele tehnice și umane aferente, aprovizionarea cu materiale și implicarea personalului de specialitate. În acest sens, în prima instanță va nominaliza persoana responsabilă de contract - Managerul de proiect, astfel încât să preia legătură cu Beneficiarul și cu toți factorii implicați în derularea contractului. (...)

Totodată, Palex Construcții Instalații SRL dispune de resurse bănești negrevate de datorii, ce pot fi alocate, în cazul în care intervine necesitatea preluării contractului și/sau asocierea întâmpină probleme de ordin financiar, ce vor fi angajate pentru ducerea la îndeplinire a contractelor subsecvente lucrării ”

Așadar, documentele prezentate în etapa de reevaluare a ofertei asocierii nu sunt documente inexistente în ofertă (cum eronat susține contestatorul), ci au fost prezentate de ofertant ca urmare a solicitării documentelor care au stat la baza întocmirii DUAЕ-urilor asocierii, în 30.05.2022, anterior primului raport al procedurii de atribuire. Astfel, Consiliul constată a fi neîntemeiată susținerea contestatorului cu privire la faptul că reevaluarea ofertei asocierii s-a realizat pe baza unor documente inexistente în ofertă.

Consiliul nu poate valida nici aprecierea contestatorului că aceste documente trebuiau prezentate în cadrul ofertei, până la termenul limită de depunere, din moment ce, în anunțul de participare, la secțiunea *III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională/Nota nr. 4*, s-a precizat clar că documentele justificative se prezintă doar de ofertantul câștigător, **înainte de atribuirea contractului**: „Până la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor, operatorii economici participanți vor prezenta DUAЕ (Documentul Unic de Achiziție European) atașat documentației de atribuire completat în mod corespunzător de fiecare entitate participantă în parte (ofertant, ofertant asociat, terț susținător) în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte la care se atașează angajamentul ferm al terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători din care trebuie să rezulte modul efectiv în care terțul/terții susținători va/vor asigura îndeplinirea angajamentului. Înainte de atribuirea acordului-cadru, autoritatea contractantă va solicita ofertant clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire **să prezinte documentele justificative care probează cele asumate în angajamentul/angajamentele de susținere** și prin care confirmă îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu cerințele stabilite prin DUAЕ și prin documentația de atribuire.”

De asemenea, Consiliul observă că, în mod eronat, contestatorul interpretează considerentele din Decizia nr. 2948/2022, a Curții de Apel, în sensul că documentele prin care se dovedește modul de îndeplinire a angajamentului ar fi trebuit să fie anexate angajamentului. Curtea nu s-a pronunțat asupra momentului prezentării documentelor, ci a arătat că, potrivit documentației de atribuire și a celor dispuse de CJUE, în cauza C-324/14, „ofertantul trebuie să facă dovada că dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea contractului”.

În dispozitivul deciziei, Curtea de Apel a menționat explicit că reevaluarea ofertei asocierii să se realizeze cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a considerentelor deciziei, iar prin considerente (pag. 13 paragraful 1) Curtea a obligat autoritatea la reevaluarea ofertei „din perspectiva îndeplinirii cerințelor prevăzute de art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și de formularul 7”.

Or, documentația de atribuire prevede explicit că documentele justificative care probează cele asumate în angajamentul/angajamentele de susținere trebuie prezentate înainte de atribuirea acordului-cadru, în speță fiind relevant faptul că, la data atribuirii, acestea se aflau deja la dispoziția autorității contractante.

Comisia de evaluare a reanalizat oferta asocierii SRL - SRL prin raportare la prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, dispozițiile anunțului de participare și a formularului 7, precum și a considerentelor deciziei nr. 2948/2022, privind precizarea resurselor/echipamentelor/personalul care va fi pus la dispoziție de către terț.

Dacă s-ar considera a fi aplicabile întocmai prevederile art. 184 alin. (4) din Legea nr. 19/2022, în sensul ca, odată cu angajamentul de susținere să fi fost depuse și documentele justificative, s-ar încălca prevederile documentației de atribuire, anterior reproduse și s-ar da dovadă de un formalism excesiv.

Se impune a se sublinia că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare și, în subsidiar, normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul stabilit de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate).

În plus față de toate acestea, trebuie remarcat faptul că „Planul de mobilizare/angajament de susținere detaliat- terț susținător”, întocmit de SRL, conține tocmai precizările solicitate de către achizitor în angajamentul de susținere - formularul nr. 7. De altfel, în fișa de date a achiziției/secțiunea IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei, autoritatea contractantă a arătat că modele de formulare sunt orientative:

„Ofertanții vor avea în vedere împrejurarea că *modelul formularelor solicitate prin documentația de atribuire este unul orientativ, scop în care aceștia au dreptul de a utiliza inclusiv alte modele dar cu condiția ca acestea să conțină cel puțin datele/informații echivalente cu cele menționate în respectivele formulare*”.

Din „Planul de mobilizare/angajament de susținere detaliat - terț susținător” și din celelalte documente depuse de asocierii reiese, explicit și detaliat, modul de implicare a terțului, dar și resursele pe care acesta le va pune la dispoziția asocierii.

Mai presus de toate, implicarea terțului rezultă și din calitatea sa de subcontractant, fapt reținut și de Curtea de Apel. Curtea a arătat explicit că SRL, fiind terț susținător al experienței similare are obligația de a se implica în contract, el fiind inclus în ofertă.

De altfel, întrucât SRL are dubla calitate, de terț și de subcontractant, nici nu ar mai fi fost necesară prezentarea angajamentului de susținere, conform prevederilor de la art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „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**”.*

Spre deosebire de angajamentul de susținere, acordul de subcontractare este o dovadă clară a faptului că subcontractantul pune la dispoziția ofertantului toate resursele sale, în îndeplinirea celor asumate de cel dintâi.

Consiliul nu poate valida nici susținerea contestatorului că, prin decizia sa, Curtea de Apel a considerat că ofertantul asocierea nu face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară demonstrată prin susținere, iar oferta se impune a fi respinsă. Aceste argumente ale contestatorului sunt contrare celor dispuse de Curte, care a obligat autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii, în niciun caz respingerea ei. A respinge o ofertă în care terțul susținător este și subcontractant, înseamnă a nu recunoaște implicarea efectivă a acestei entități în contract. Executarea de către terț a unei părți din contract este dovada elocventă a susținerii pe care o acordă ofertantului. Tocmai pentru a fi evitată îndeplinirea pur formală a condițiilor impuse de achizitor, legiuitorul a impus că ofertantul poate lua în considerare capacitatea tehnică și/sau profesională a terțului doar dacă acesta va desfășura efectiv lucrările, conform art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în concordanță cu decizia achizitorului, Consiliul constată că, prin toate documentele mai sus arătate, ...SRL a demonstrat susținerea experienței similare, a demonstrat că deține resursele/echipamentele/personalul pe care le va pune la dispoziția asocierii, dar și modul de implicare în contract.

Astfel, se dovedesc neîntemeiate criticile privind reevaluarea ofertei asocierii pe baza unor documente inexistente în ofertă și prin nesocotirea deciziei nr. 2948/22.11.2022 Curții de Apel

Pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația.

Mai mult decât atât, Consiliul constată și lipsa de interes a SRL, în formularea contestației.

Prin decizia nr. 2948/2022, Curtea de Apel a menținut decizia CNSC nr. 2221/C5/1453 din 24.10.2022, de respingere, ca neîntemeiată, a criticii formulate de contestatoarea SRL cu privire la respingerea ofertei asocierii din care face parte aceasta SRL-..... SRL - SRL - SRL.

Având în vedere că, în urma deciziei Curții de Apel, asocierea SRL-..... SRL - SRL - SRL nu mai poate formula critici împotriva modului de evaluare a ofertei sale, această asociere este definitiv exclusă din competiție, în speță fiind incidente dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul, în prezenta cauză, justifică interesul (exprimat în Concluziile din 09.03.2023) prin faptul că, în cererea sa, a solicitat și anularea procedurii de atribuire, în situația în care oferta asocierii ar fi respinsă, ceea ce i-ar permite ca, în situația inițierii unei noi proceduri, să depună o nouă ofertă, ceea ce conduce la un interes eventual, în contradicție cu prevederile art. 33 din Cod. proc.civ, care stipulează că „*Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.*”.

Consiliul observă faptul că, în prima contestație, depusă de SRL în 16.06.2022, acesta nu a solicitat anularea procedurii de atribuire. Întrucât, în primul ciclu procesual, exista riscul ca, prin decizia ce urma a fi pronunțată de CNSC, acesta să constate atât neconformitatea ofertei asocierii, cât și a ofertei asocierii ALA EXPERT, contestatorul SRL ar fi fost îndreptățit să solicite anularea procedurii de atribuire.

Or, nesolicitând, la data de 16.06.2022, anularea procedurii de atribuire (în situația în care oferta asocierii ar fi fost respinsă), contestatorul nu a fost interesat de participarea la o nouă procedură. Astfel, solicitarea de anulare a procedurii nu poate fi considerată drept o justificare pertinentă a interesului contestatorului, ci e un demers tardiv.

Pentru a cere anularea procedurii de atribuire, contestatorul trebuia să fi fost persoană care are sau a avut un interes în legătura cu procedura, conform definiției de la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Întrucât respingerea ofertei asocierii a fost considerată legală de către Curtea de Apel, ... SRL nu se mai poate considera persoană care are legătura cu procedura de atribuire, conform art. 3 alin. (3) din aceeași lege: „(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Astfel, nemaiavând calitatea de persoană vătămată, ... SRL nu mai poate formula contestație în legătură cu prezenta procedură de atribuire.

Relevantă în acest sens hotărârea CJUE, în cauza C-131/16:

„54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.”

În consecință, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația și ca lipsită de interes.

Prin urmare, Consiliul va admite cererea de intervenție, formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție, formulată de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

....