

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

DECIZIE

Nr. /C1/1790

Data: 08.2022

Prin contestația nr. 1351/27.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37330/28.07.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, Strada, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor în, ... împotriva rezultatului procedurii de atribuire, întocmită de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Furnizare, inclusiv montaj, de echipamente de joacă pentru locuri de joacă, parcuri și ansambluri de locuințe din al Municipiului”, cod CPV: 43325000-7, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 197432/15.07.2022, publicat în SEAP în data de 18.07.2022, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 198160/18.07.2022;
- anularea rezultatului procedurii prin care oferta contestatorului a fost respinsă ca neconformă;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei câștigătoare și atribuirea acordului-cadru cu respectarea dispozițiilor legale și a documentației de atribuire;
- în subsidiar, în cazul în care Consiliul constată neconformitatea și/sau caracterul inacceptabil al ambelor oferte depuse în procedură, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, solicită anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. /....., înregistrată la CNSC sub nr. /....., SC SRL, cu sediul în, ..., Str.

Nedelcu Ilie nr. 45A, cod unic de înregistrare, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin, în calitate de ofertant câștigător și SRL, a formulat cerere de intervenție în cadrul dosarului nr. 1790/2022 în aceeași procedură de atribuire, solicitând admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SC SRL și menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 197432/15.07.2022, adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 198160/18.07.2022.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În introducerea contestației, SC SRL prezintă o scurtă prezentare a derulării procedurii.

Contestatorul apreciază decizia autorității contractante privind respingerea ofertei sale ca fiind nelegală, susținând că oferta sa satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar oferta declarată câștigătoare este inacceptabilă și neconformă.

Precizează că în prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament al ofertanților, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, atât la momentul evaluării ofertelor, cât și la momentul elaborării documentației de atribuire.

Conform contestatorului, din caietul de sarcini rezultă că toate specificațiile tehnice ale echipamentelor de joacă din oferta sa sunt identice cu cele oferite de asocieria SC SRL Susține că, în ce privește dimensiunile fixe stabilite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, acestea sunt identice la nivel de două zecimale cu cele ale echipamentelor oferite de câștigător (aspect care rezultă și din procesele verbale de evaluare a propunerilor tehnice).

Contestatorul menționează că toate specificațiile tehnice din caietul de sarcini, inclusiv dimensiunile fixe ale echipamentelor de joacă (abaterea de +/-10 cm menționată în caietul de sarcini reprezintă în fapt doar toleranța de măsurători conform standardelor tehnice), nu puteau fi îndeplinite decât de asocieria declarată câștigătoare, prin membrul asocierii, acesta fiind distribuitorul produselor ofertate.

Precizează că documentația de atribuire nu a fost contestată potrivit procedurilor prevăzute de Legea nr. 101/2016 și și-a consolidat astfel caracterul obligatoriu pentru autoritatea contractantă și pentru ofertanți și invocă jurisprudența CJUE.

Contestatorul precizează că în situația în care documentația de atribuire conține specificațiile tehnice ale unui singur producător, exprimate în dimensiuni fixe ale unor echipamente de joacă, autoritatea contractantă avea obligația acceptării altor variante constructive, care

îndeplinesc scopul achiziției și invocă în susținere prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

SC SRL apreciază că ofertantul declarat câștigător a fost favorizat încă de la elaborarea documentației de atribuire, precizând că nu s-a solicitat pentru montajul echipamentelor de joacă autorizația ISCIR, ce tine de securitatea copiilor în locurile de joacă.

Susține că niciunul din membrii asocierii declarată câștigătoare nu deține o astfel de autorizație ISCIR, și că în afara distribuitorului de echipamente de joacă....., niciun membru al asocierii declarate câștigătoare nu are experiență în furnizare și montaj echipamente de joacă, neavând nici măcar în obiectul de activitate prevăzut codul CAEN corespunzător.

În opinia contestatorului, diferențele de câțiva centimetri ale echipamentelor oferite de contestator, nu justifică o respingere a ofertei ca neconformă, apreciind această decizie ca fiind nelegală, nerespectând principiul proporționalității prevăzută de art. 2 alin. (2) lit. e) și art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, raportat la valoarea și complexitatea acordului cadru.

Contestatorul precizează că propunerea sa financiară este de 39.588.610 lei, iar propunerea asocierii declarată câștigătoare este de 46.754.665 lei; între cele două oferte fiind o diferență de 7.166.055 lei, care este diferența de câțiva centimetri la înălțimea unor tobogane.

Menționează că oferta a fost respinsă pentru abateri minore de la documentație, iar oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințele de calificare prevăzute în anunțul de participare, modificând propunerea tehnică prin răspunsul la solicitările de clarificări.

SC SRL critică faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat asocierii declarate câștigătoare, autorizarea ISCIR, care este în opinia sa, o condiție obligatorie pentru siguranța copiilor la locurile de joacă. Susține că oferta sa a fost respinsă pe motiv că nu au menționat codurile producătorului care, în opinia sa nu au niciun impact asupra produselor ce fac obiectul acordului cadru.

Un alt aspect criticat de SC SRL îl reprezintă restricționarea accesului la dosarul achiziției publice, invocând în susținere prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art. 57 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016, art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 26 din Legea nr. 101/2016 și jurisprudența CJUE.

Potrivit contestatorului, declarația privind confidențialitatea ofertei declarate câștigătoare nu este însoțită de dovezi cu privire la dreptul de proprietate intelectuală sau secrete tehnice/comerciale și nici nu sunt indicate elementele punctuale ale ofertei, adică informațiile care sunt confidențiale, invocând în susținere dispozițiile art. 7 din Legea nr.

8/1996, dispozițiile Legii nr. 64/1991, dispozițiile art. 1¹ lit. d) din Legea nr. 11/1991.

În ceea ce privește datele cu caracter personal ale ofertei declarate câștigătoare, contestatorul invocă prevederile dispozițiilor Regulamentului nr. 679 din 27 aprilie 2016 a Directivei 95/46/CE, Cauza C-450/06, punctul 47.

SC SRL solicită Consiliului acces integral la oferta asocierii declarată câștigătoare, invocând dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016.

În secțiunea a III a din cadrul contestației, contestatorul descrie pe larg motivele respingerii ofertei sale de către autoritatea contractantă.

Precizează că prin adresa nr. 198160/18.07.2022, autoritatea contractantă a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată neconformă în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Susține că în data de 11.05.2022 autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr. 171275 prin care a cerut contestatorului informații referitoare la propunerea sa tehnică, în legătură cu mai multe din echipamentele de joacă ofertate.

Menționează că după evaluarea ofertelor, inclusiv a răspunsurilor la solicitările de clarificări, în raportul procedurii nr. 197432/15.07.2022 se precizează respingerea ofertei contestatorului ca neconformă întrucât „nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției”- conform art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 – „nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

Conform contestatorului, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, emisă sub nr. 198160/18.07.2022, autoritatea contractantă identifică un număr de 27 de neconformități tehnice ale ofertei, în fapt fiind vorba doar de 4 neconformități, prezentându-le:

- „Nu a fost identificat codul producătorului pentru produsele ofertate; - Pentru unele echipamente există variație de dimensiune față de dimensiunile fixe din caietul de sarcini;
- Nu s-a transmis anexa solicitată pentru a se identifica produsul ofertat (legat de certificatul de conformitate cu standardele de produs);
- Nu a fost depus în formă autentică angajamentele ofertantului în raport cu autoritatea contractantă de a suporta toate prejudiciile și nici informații referitoare la obiectivele și rezultatele așteptate din care să rezulte aspectele considerate ca fiind esențiale pentru realizarea serviciilor de livrare și montaj și îndrumarea și controlul exercitat de aparatul de conducere al ofertantului”.

Contestatorul apreciază decizia autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale, ca fiind nelegală, precizând că

acest aspect rezultă din conținutul propunerii sale tehnice și din răspunsul nr. 503/ 13.05.2022 la solicitarea de clarificări.

În ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului pentru lipsa codului producătorului aferent produselor oferite, susține că acest motiv nu reprezintă o specificație tehnică a produselor ce fac obiectul acordului cadru, invocând în susținere art. 3 alin. (1) pct. 44.rr) și art. 155 din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatorului, codul produselor nu reprezintă o cerință tehnică aferentă produsului, ci reflectă modalitatea în care producătorul își organizează propria activitate internă, fără ca o astfel de abordare, de evidență a produselor alocându-le acestora caractere alfa numerice, să fie obligatorie pentru operatorii economici, invocând în susținere art. 179 din Legea nr. 98/2016.

Conform contestatorului, dacă autoritatea contractantă dorea să impună cerințe de calificare privind standardele de calitate aferente capacității tehnice și/sau profesionale, avea obligația de a include o astfel de cerință în anunțul de participare. Susține că cerința prevăzută doar în caietul de sarcini echivalează cu o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și nu poate fi folosită ca un motiv pentru respingerea unei oferte, invocând în susținere dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și jurisprudența CNSC, CJUE și a Curților de Apel din România.

În ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului cu privire la variația de dimensiune a echipamentelor față de dimensiunile fixe din caietul de sarcini, precizează că autoritatea contractantă a copiat în caietul de sarcini specificațiile tehnice ale echipamentelor de joacă ale producătorului, cu care a participat asocierea declarată câștigătoare.

Conform contestatorului, atunci când autoritatea contractantă indică, direct sau indirect, un anumit producător prin specificațiile tehnice, atunci caietul de sarcini este considerat restrictiv. Susține că dacă acest caiet de sarcini este restrictiv, justificat sau nu, se ridică problema dacă la evaluarea ofertelor, atunci când unul dintre ofertanți prezintă variante constructive echivalente, care satisfac pe deplin interesul autorității contractante, aceasta având obligația de a accepta aceste oferte ca fiind conforme, dând eficiență principiului egalității de tratament a ofertanților, și asigurând un cadru concurențial adecvat.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu putea respinge oferta sa ca neconformă pentru abateri minore de la dimensiunile echipamentelor de joacă, deoarece îndeplinesc aceleași funcții și servesc aceluiași scop, susținând că a prezentat variante constructive echivalente la dimensiunile menționate în caietul de sarcini,

invocând în susținere prevederile art. 136 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că în răspunsul său la solicitările de clarificări a arătat autorității contractante, pentru fiecare echipament în parte, care este justificarea pentru dimensiunea ofertată, raportat la testările de siguranță, prezentând răspunsul pentru locul de joacă tip 1: „Producătorul produce toate produsele conform standardelor TSE. Produsul oferat la poziția 1 «Loc de joacă tip 1» este produs în conformitate cu TS EN 1176-3 echipamente și suprafețe pentru terenuri de joacă - secțiunea 3: cerințe specifice suplimentare de siguranță și metode de testare pentru tobogane. Pentru a îndeplini solicitările din caietul de sarcini în conformitate cu standardul TS EN 1176-3 (înălțime H: 5 m), ținând cont de respectarea distanțelor dintre platforme conform standardelor; un tobogan circular mare în formă de S cu înălțimea de 3 m a fost plasat în locul toboganului circular mare în formă de S cu înălțime de 2,5 m”.

În legătură cu nelegalitatea respingerii ofertei contestatorului pentru

nedeplinirea anexei la certificatele de conformitate cu standarde tehnice, invocă aceleași argumente ca cele precizate la lit. a) privind codurile producătorului și atrage atenția asupra răspunsului la solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă, conform căruia:

„Cu privire la solicitarea de a depune anexa la certificatul nr. 013191-TSE-01/12 emis de Institutul Turc de Standarde, precizăm că, astfel cum rezultă din cuprinsul certificatului de conformitate depus în cadrul ofertei, producătorul a certificat elementele produselor potrivit standardului național echivalent cu standardele europene, elemente modulare care conduc la certificarea produselor menționate pe pagina 1 a certificatului. Facem precizarea că autoritatea contractantă, astfel cum rezultă din Răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 146452/14.03.2022, răspunsul nr. 5, pag. 5, a precizat în mod expres că ofertanții au obligația de a respecta cerințele legale în vigoare cu privire la produse, montarea și reparația acestora; sens în care, față de oferta depusă de subscrisa, se constată incidența prevederilor art. 3 alin. (3) din HG nr. 435/2010 privind regimul de introducere pe piață și de exploatare a produselor de agrement, corelate cu prevederile standardelor relevante, SR EN 1176-3 :2018 sau echivalentul său TS EN 1176-3 :2018 (standardul de produs turc, identic cu cel european)”.

Contestatorul susține că prin acest răspuns i-a demonstrat autorității contractante că certificatele depuse pentru fiecare produs permit identificarea produsului ca atare, certificatul privind standardul de produs turc fiind identic cu cel european.

În ce privește informațiile referitoare la obiectivele și rezultatele așteptate din care să rezulte aspectele considerate ca fiind esențiale pentru realizarea serviciilor de livrare, montaj, îndrumarea și controlul exercitat de aparatul de conducere al ofertantului, precum și prezentarea în formă autentică a angajamentului, contestatorul face precizarea că acestea au fost furnizate autorității contractante prin răspunsul nr. 503/13.05.2022 la solicitările de clarificări.

Contestatorul apreciază că oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, fiind inacceptabilă și neconformă, precizând că a încălcat dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016 a art. 134 alin. (6) și alin. (7), a art. 135 alin. (3), art. 137 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Precizează că oferta asocierii SC SRL..... nu îndeplinește mai multe cerințe de calificare, astfel cum au fost stabilite de autoritatea contractantă în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, aspect în raport cu care autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei ca inacceptabile, în temeiul dispozițiilor legale.

Contestatorul menționează că pentru capacitatea tehnică și profesională a ofertanților, în sensul art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a prevăzut la Secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției următoarea cerință:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat în conformitate cu art. 179 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ofertanții trebuie să facă dovada experienței în domeniul obiectului acordului-cadru, respectiv livrarea de echipamente de joacă, cu montaj inclus, cu o valoare cumulată de minim 10.000.000,00 lei, fără TVA, în ultimii 3 ani. Modalitatea de îndeplinire: Se va prezenta la nivelul DUAЕ lista contractelor din ultimii 3 ani, calculați până la data depunerii ofertei, din care să rezulte că ofertanții au furnizat echipamente de joacă, de valoarea prevăzută. La nivelul DUAЕ, trebuie precizate următoarele informații: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, obiectul acestuia, valoarea, forma de asociere și ponderea serviciilor pentru care a fost responsabil (dacă este cazul), beneficiarul, data și numărul procesului-verbal de recepție/ documentelor constatatoare”.

Conform contestatorului, asocierea declarată câștigătoare este susținută de terțul, prezentând sub formă tabelară lista contractelor din ultimii 3 ani reprezentând experiență similară. În opinia contestatorului, autoritatea nu a verificat aceste contracte cu experiență

similară, susținând că asocierea declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințele din fișa de date a achiziției pentru o valoare mai mare de 10.000.000 lei.

Atrage atenția asupra a două contracte, precizând că nu au ca obiect furnizarea de echipamente de joacă, deci nu îndeplinesc cerințele autorității și anume:

- contractul nr. 160946/20.10.2020, cu o valoare de 799.000 lei, încheiat cu UAT Constanța, are ca obiect furnizare de mobilier urban - bănci de odihnă (conform art. 2.1. din Contract, obiectul contractului îl reprezintă „furnizarea și montarea de mobilier urban, Lot 2 - bănci de odihnă, în conformitate cu obligațiile asumate”);
- contractul nr. 137173/09.07.2021, cu o valoare de 1.171.600 lei, încheiat cu UAT Constanța, are ca obiect furnizare coșuri de gunoi (conform art. 2.1. din contract, obiectul contractului îl constituie „furnizarea și montarea de coșuri de gunoi cu capacitate mare, astfel cum sunt prevăzute în caietul de sarcini”).

Potrivit contestatorului, restul contractelor declarate de asocierea declarată câștigătoare, cu o valoare rămasă de 9.369.374,96 lei, nu ating pragul de 10.000.000 lei, condiție impusă de autoritatea contractantă ca cerință de calificare, invocând în susținerea celor expuse prevederile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 207 din Legea nr. 98/2016, art. 123 din HG 395/2016, jurisprudența CNSC, art. 3 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 și jurisprudența CJUE.

În opinia sa, autoritatea contractantă nu are dreptul, în acest caz, să solicite, în reevaluare clarificări ale ofertei câștigătoare în temeiul dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, întrucât aceasta ar crea un avantaj ofertantului și, dat fiind faptul că în cauză este vorba despre cerință de calificare, orice răspuns ar conduce la modificarea ofertei, inclusiv a DUAE.

SC SRL prezintă cerința din fișa de date a achiziției, de la pct. III.1.1. a) Situația personală a candidatului sau ofertantului: „În cazul în care ofertantul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, susținerea unui terț, DUAE, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de terțul/terții susținător(i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul. Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: Angajamentul ferm al terțului susținător, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia. Acordul de subcontractare și/sau Acordul de asociere, după caz”.

La pct. VI.3 din fișa de date a achiziției, Informații suplimentare, s-a menționat: „NOTĂ- Având în vedere Notificarea A.N.A.P. nr. 256/2016, se solicită tuturor ofertanților ca odată cu depunerea DUAE și a ofertei până la data limită a depunerii ofertelor să prezinte angajamentul terțului susținător (împreună cu documente anexe la angajament, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora) și acordul de asociere, dacă este cazul”.

Contestatorul menționează că cerința autorității contractante este în concordanță cu prevederile art. 182 alin. (3) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016, invocându-le în susținere.

Precizează că autoritatea contractantă a furnizat potențialilor ofertanți toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Susține că autoritatea contractantă a cerut în mod explicit operatorilor economici care dovedesc îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv experiență similară, prin susținerea unui terț, să prezinte documente ale terțului din care să rezulte modul efectiv prin care se va materializa susținerea în executarea contractului, în situația în care contractantul pe care îl susține nu își va putea îndeplini obligațiile.

Menționează că, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea acestora să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 - ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 395/2016 - ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit contestatorului, documentele depuse de asocierea SC SRL..... pentru terțul susținător al capacității tehnice și profesionale, ..., nu au respectat cerințele din documentația de atribuire, nefiind depuse documentele cu privire la modalitatea în care va aduce la îndeplinire angajamentul de susținere.

Menționează că în afara formularului de angajament de susținere, ce constituie actul juridic obligațional principal al terțului susținător, ..., a prezentat în anexă la acest angajament doar lista contractelor care dovedesc experiența sa similară, fără a se preciza care este modalitatea concretă prin care va interveni în executarea contractului în situația eșecului contractantului susținut.

Invocă în susținere jurisprudența CJUE și jurisprudența Curții de Apel Iași.

În ce privește criteriul de calificare - capacitatea tehnică și/sau profesională, contestatorul precizează că, autoritatea contractantă a impus o cerință, prevăzută în fișa de date a achiziției, la pct. III.1.3.b) Standarde de asigurare a calității și de proiectie a mediului, și anume: „Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Certificate emise de organisme independente cu privire la standardele de asigurare a calității. Dovada implementării unui sistem de management al calității în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent, aferent activității principale a acordului-cadru. Dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comună, cerința trebuie îndeplinită de toți asociații”.

Contestatorul menționează că cerința autorității contractante este că în situația în care se depune oferta în asociere, atunci cerința standardului ISO 9001 sau echivalent, aferentă activității principale a acordului-cadru trebuie îndeplinită de toți membrii asocierii.

Susține că în cazul asociatului, cerința nu este îndeplinită. Precizează că acesta a prezentat certificatul ISO 9001:2018 emis sub nr. O9/RSC01870/001/RO în data de 03.03.2022, unde se poate observa că aceasta nu este certificat pentru activitatea ce face obiectul prezentului acord-cadru, ci pentru activități de întreținere peisagistică.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta asocierii SC SRL..... în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, astfel încât decizia de atribuire a contractului unui ofertant care nu îndeplinește cerințele de calificare este nelegală.

O altă critică pe care o prezintă contestatorul în cuprinsul contestației, este legat de caracterul inacceptabil al ofertei asocierii declarate câștigătoare pentru neîndeplinirea cerințelor privind capacitatea de exercitare a activității profesional, și anume lipsa codului CAEN.

Contestatorul precizează conform fișei de date a achiziției, pct. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritatea contractantă solicitând ofertanților:

„Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, de ofertantul/ofertanții clasat/clasați pe prima poziție după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile:

- certificat emis de ONRC sau
- documente echivalente emise în țara de rezidență, în cazul ofertanților străini. Obiectul acordului-cadru trebuie să aibă corespondent în codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC privind obiectul de activitate al ofertantului.

În cazul unei oferte comune, condiția va fi îndeplinită individual de fiecare membru al asocierii pentru partea din contract pe care o realizează”.

Conform contestatorului, din documentele depuse de asociere cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, rezultă că membrul asocierii nu are în obiectul de activitate codul CAEN necesar pentru furnizarea și montarea echipamentelor de joacă.

Potrivit contestatorului, din procesul verbal 3 nr. 353/26.05.2022 privind evaluarea propunerilor tehnice, rezultă că asocierea declarată câștigătoare, a propus în oferta inițială echipamente care nu corespund cerințelor caietului de sarcini, în ce privește dimensiunile și amplasarea acestora.

Menționează că autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului în privința acestor neconcordanțe. Susține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea a modificat propunerea tehnică prin înlocuirea echipamentelor respective și depunerea fișelor tehnice corespunzătoare noilor echipamente, invocând art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul menționează că pentru loc de joacă tip 1, prin caietul de sarcini s-a solicitat:

„Dimensiuni: L x l x h = 9,25 x 7,30 x 5,0 m, specificație tehnică a echipamentului cuprinsă într-un interval de +/- 10 cm față de acestea. Echipament de joacă de dimensiuni mari, cu structura metalică, cu stâlpi de susținere cu două turnuri cu acoperiș tip căsuță, cu trei tobogane, cu panouri de protecție, cu zone de alunecare, cu poduri trecere, intrări și ieșiri din turnul de observație. Echipamentul trebuie să mai conțină platforme și scări acces prevăzute cu balustrade cu zăbrele pentru siguranța copiilor. Elemente minime ale ansamblului de joacă: un tobogan mare, circular în formă de S la înălțimea de 2,5 m, un tobogan spirală la înălțimea de 1,9 m, un tobogan dublu, drept la înălțimea de 0,9 m, platforme pătrate, scări de acces cu balustrade, panouri, accesorii viu colorate și amuzante. Stâlpii de susținere trebuie prevăzuți la partea superioară cu diferite accesorii în formă de flori, frunze de palmier etc. Fixarea se va face prin fundație de beton la o adâncime minimă de 40 cm. Destinat copiilor cu vârsta între 6-14 ani, putând fi utilizat de maxim 28 copii simultan”.

Contestatorul menționează că în ceea ce privește toboganul circular, intervenientul a oferit un echipament cu o înălțime ce nu corespunde cu cerințele caietului de sarcini.

Susține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul a depus o fișă tehnică revizuită - respectiv un alt echipament, care are o înălțime a toboganului circular în formă de S la înălțimea de 2,5 m.

În opinia contestatorului, în mod incorect, în procesul verbal de evaluare 3 nr. 353/26.05.2022 autoritatea încadrează modificările la dispozițiile art. 134 alin (7) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu următoarea justificare: „în urma analizării răspunsului s-a constatat că retransmiterea fișei tehnice se constituie drept clarificări de completare a informațiilor incluse în propunerea tehnică depusă inițial, nefiind de natură să modifice propunerea tehnică, completările transmise fiind în sensul remedierii unor vicii de formă, astfel cum sunt acestea încadrate la art. 134 alin. (7) lit. a) din HG nr. 395/2016. Astfel, având în vedere descrierea reperelor ofertate la nivelul propunerii tehnice și documentele depuse inițial, fișa tehnică revizuită de la producător are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, cerința fiind considerată îndeplinită”.

Contestatorul apreciază că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 134 alin. (7) coroborat cu dispozițiile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, invocându-le.

Susține că dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat ca fiind incidente prevederile legale privind viciul de formă, respectiv art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, atunci ar fi avut obligația ca în solicitările de clarificări să identifice în mod punctual o neconcordanță în ofertă și nu o neconcordanță raportată doar la prevederile caietului de sarcini, astfel cum e în prezenta cauză.

Contestatorul apreciază că din procesul verbal nu rezultă care a fost raționamentul autorității contractante, raportat la ofertă și răspunsul la solicitările de clarificări, astfel încât să rezulte că răspunsul ofertantei la solicitarea de clarificări reprezintă îndreptarea unui viciu de formă.

Mai mult, precizează că mențiunea din procesul verbal de evaluare conform căreia din „descrierea reperelor ofertate la nivelul propunerii tehnice și documentele depuse inițial”, ar rezulta că e un viciu de formă al ofertei, contrazisă de mențiunile din raportul procedurii, rezultând, în opinia contestatorului, că în cadrul propunerii tehnice a intervenientului nu există descrieri ale reperelor, altele decât fișele producătorului (pag. 6-7 din raport).

Susține că intervenientul a ofertat un echipament care nu respectă regimul de înălțime pentru toboganul circular, iar ulterior, la sesizarea autorității contractante a modificat oferta prin depunerea unei fișe tehnice pentru un produs diferit, care are altă înălțime.

Contestatorul precizează că la locul de joacă tip 2, unde s-au solicitat 3 tobogane drepte, cu înălțimile de 1,0 m, 1,2m și 1,5 m, intervenientul a ofertat tobogane cu înălțimea de 0,6 m și nu 1,5 m, diferență care, în opinia contestatorului, nu se încadrează în toleranța permisă de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

La locul de joacă tip 3, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a solicitat, ca elemente minime ale ansamblului de joacă: „un tobogan mare circular în formă de S, la înălțimea de 3,0 m, un tobogan circular curbat la înălțimea de 3,0 m (...)”. Susține că intervenientul a oferit 2 tobogane cu înălțimea de 2,4 m și nu cu înălțimea de 3,0 m.

Potrivit contestatorului, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, intervenientul a modificat ofertele tehnice prin înlocuirea produselor cu alte tobogane și depunerea unor noi fișe tehnice, revizuite, ceea ce atrage incidența dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Conform contestatorului, la locul de joacă tip 4, autoritatea contractantă a solicitat două tobogane, unul cu înălțimea de 0,8 m și unul cu înălțimea de 0,5 m. Menționează că intervenientul a depus o fișă tehnică revizuită pentru cel de al doilea tobogan, prin înlocuirea produsului cu un alt tobogan.

Susține că, din oferta tehnică lipseau mai multe informații tehnice, cum ar fi greutatea, număr maxim de copii simultan, categoria de vârstă etc. pentru toate tipurile de locuri de joacă, tipurile de echipamente de cățărat, rotative tip 3 și tip 4, trambulina tip 3, rampele skate tip 1, tip 2 și tip 3.

Contestatorul precizează că, pentru echipamentul de cățărat tip 1 și tip 2, rotativa tip 3 și tip 4, ofertantul declarat câștigător a înlocuit prin răspunsul la solicitările de clarificări certificatele pentru conformitatea cu standardele, inițial fiind depuse certificate pentru produse ale unui alt producător.

Evidențiază că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, intervenientul nu a îndreptat un viciu de formă, ci a modificat substanțial propunerea sa tehnică prin înlocuirea echipamentelor oferite inițial.

Contestatorul menționează un viciu de formă, de la locul de joacă tip 8, unde susține că intervenientul a menționat o greutate de 44 kg, autoritatea sesizând și solicitând îndreptarea acestei erori raportat la dimensiunile locului de joacă, respectiv 440 kg.

Susține că autoritatea, având exemple concrete în oferta intervenientului, nu poate asimila o reală îndreptare de viciu de formă cu o modificare de propunere tehnică prin înlocuirea echipamentului.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât, prin solicitarea de clarificări și prin acceptarea răspunsurilor a creat un avantaj vădit ofertantului declarat câștigător.

Contestatorul solicită Consiliului constatarea caracterului neconform al ofertei declarate câștigătoare ca urmare a incidenței 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Susține că din criticile prezentate în cuprinsul contestației, respectiv din procesul verbal nr. 2/295/11.05.2022 de evaluare a propunerilor tehnice, din procesul verbal nr. 3/353/26.05.2022, cât și faptul că nu respectă dimensiunile menționate în caietul de sarcini, rezultă, în opinia contestatorului, că oferta tehnică a asocierii declarată câștigătoare este neconformă, fiind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul susține că și în situația în care s-ar accepta că nu este în prezența unei modificări de ofertă, ci a unui viciu de formă, solicită Consiliului să rețină neîndeplinirea unei alte cerințe cumulative pentru ofertanți în legătură cu echipamentele, astfel cum este prevăzută în caietul de sarcini la pag. 15, și anume:

„Specificațiile tehnice ale echipamentelor de joacă (dimensiuni exacte etc.) sunt cuprinse în fișele tehnice semnate și stampilate de producător/furnizor, împreună cu documentele de calitate ale acestora (declarații de conformitate, acorduri tehnice, certificate de conformitate emise de un organism de certificare acreditat din UE, conform HG nr. 435/2010 și SR EN 1176 I 1-8 I 2018, certificate de calitate a produselor; certificate de garanție a produselor etc.), pe care ofertantul le va atașa la oferta tehnică, conform cerințelor cuprinse în prezentul caiet de sarcini. Toate echipamentele de joacă se vor monta în fundație de beton, dimensiunile fundațiilor din caietul de sarcini sunt orientative, dimensiunile finale fiind stabilite de producător pentru fiecare tip de echipament în parte”.

Precizează că, fiecare echipament de joacă trebuie să fie însoțit de certificat de conformitate cu standardele tehnice relevante, emise de organisme de certificare acreditate.

Potrivit contestatorului, ofertantul câștigător a modificat oferta tehnică, înlocuind produsele, sau a modificat dimensiunile acestora și în răspunsul la solicitarea de clarificări nu a depus noi certificate de conformitate care să corespundă modificării operate în oferta tehnică.

Menționează că, pentru toate echipamentele de joacă pentru care intervenientul a operat modificări în propunerea tehnică, acesta nu deține certificat de conformitate cu standardele tehnice relevante.

Contestatorul exemplifică că pentru locul de joacă tip 1, ofertantul câștigător a depus certificatul AK60133138/001/16.11.2018, emis de TUV Austria, însă, după înlocuirea fișei tehnice de la producător, certificatul emis nu mai este valabil, întrucât produsele modificate nu mai corespund cu dimensiunile testate în baza căruia organismul acreditat a emis certificatul.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei intervenientului, întrucât echipamentele oferite nu respectă cerințele caietului de sarcini și nu au fost depuse certificate de

conformitate cu standardele tehnice menționate în documentația de atribuire.

O altă critică din cuprinsul contestației, se referă la incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 în ce privește oferta intervenientului.

Conform contestatorului, în urma analizării proceselor verbale de evaluare și documentele de calificare depuse de ofertantul câștigător, rezultă că membrii acesteia au convenit aporturile și activitățile asumate de fiecare astfel:

SC SRL - activitatea de furnizare echipamente de joacă - 22%

..... - activitatea de furnizare echipamente de joacă - 22%

..... - activitatea de furnizare echipamente de joacă - 22% - activitatea de furnizare echipamente de joacă și montaj echipamente -34%

Contestatorul menționează că montajul echipamentelor de joacă obligă ofertantul la deținerea unei autorizații ISCIR, iar asociatul..... a încheiat acordul de subcontractare nr. 18/16.03.2022 pentru o valoare de 5% din valoarea contractului.

Susține că acordul de subcontractare este încheiat numai de asociatul..... pentru produsele livrate de acesta, astfel încât propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, întrucât din actele depuse de intervenient nu rezultă că ar fi asigurat montajul echipamentelor de joacă furnizate de ceilalți trei membri ai asocierii.

În opinia contestatorului, luând în considerare toate aceste motive, autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, menționând că Consiliul poate dispune anularea procedurii, cu respectarea principiului disponibilității părții, atunci când actele atacate nu mai pot fi remediate.

Susține că, în cazul în care Consiliul stabilește că în prezenta procedură au fost depuse ambele oferte neconforme, iar oferta intervenientului este inacceptabilă și că reevaluarea ofertei nu se poate efectua fără încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice, nefiind astfel posibilă remedierea, solicită a dispune anularea procedurii de atribuire.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației sale în baza art. 26 alin. (2) din Legea 101/2016, anularea actelor atacate, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, iar în subsidiar, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr 101/2016 anularea procedurii,

obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate de către contestator pentru soluționarea prezentei contestații, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și aprobarea

accesului la dosarul achiziției publice în vederea studierii potrivit prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii contestate, a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulate de SC SRL și menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 197432/15,07.2022 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 198160/18.07.2022.

În introducere, intervenientul prezintă o scurtă derulare a procedurii de atribuire.

Cu privire la critica contestatorului privind încălcarea principiului egalității de tratament al ofertanților, intervenientul menționează despre caracteristicile tehnice solicitate prin documentația de atribuire că sunt respectate și oferite conform solicitării autorității.

Referitor la critica privind lipsa autorizației ISCIR pentru asociații ofertanți, fără de care lucrările de montare nu se pot executa într-un mod licit, invocă prevederile art. 51 alin. 2 din HG 395/2016.

Conform intervenientului, cunoscând importanța autorizației ISCIR în efectuarea lucrărilor de montare a locurilor de joacă oferite, a decis să încheie un acord de subcontractare având ca obiect „montare echipamente de joacă” cu societatea, care deține autorizația ISCIR-B/CR4/B/36/3948/0/22.11.2021, depusă în cadrul documentelor justificative și anexată cererii de intervenție, asigurându-se de legalitatea întreprinderii activității de montare a locurilor de joacă furnizate de membrii asocierii.

În ceea ce privește solicitarea accesului în cadrul CNSC la documentația depusă de asocieria SC SRL....., este, în opinia intervenientului, netemeinică, menționând că prin contestație acesta precizează că i s-a oferit accesul la dosar, studiind documentele depuse, fără a ține seamă de declarația de confidențialitate depusă în cadrul procedurii, dar neavând posibilitatea fotocopierii/ furnizării documentației pe suport electronic.

Intervenientul susține că declarația asocierii privind datele cu caracter confidențial cuprinsă în cadrul propunerii tehnice este bazată pe principiul cerere-ofertă dintre asocierie și producătorii locurilor de joacă, respectiv secretul comercial. Conform intervenientului, această confidențialitate nu se rezumă doar la valorile bunurilor pe care producătorii i le-au oferit ci și fișele tehnice pe care acesta i le-a furnizat în baza solicitării asocierii.

În opinia intervenientului, sunt întrunite cumulativ cele 3 elemente solicitate de art. 1¹ lit. d) din legea 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale.

Referitor la critica contestatorului privind neîndeplinirea cerinței experienței similare necesare impuse prin fișa de date a achiziției, intervenientul apreciază ca fiind o acuză nejustificată și menționează că, prin răspunsul la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire nr. 146452/14.03.2022, pentru a nu restrânge competiția la procedură, autoritatea contractantă a statuat prin răspunsul nr. 26 la pagina 91 ca fiind îndeplinită cerința experienței similare și prin prezentarea de contracte ce au ca obiect livrarea și montaj de mobilier urban/ echipamente sportive și fitness exterior pentru parcuri și spații publice.

Precizează că a atașat cererii de intervenție un extras din răspunsul autorității contractante privitoare la acest aspect.

În ceea ce privește demonstrarea capacității de susținere a terțului, intervenientul consideră că experiența contractelor specificate în anexa la angajamentul ferm privind susținerea demonstrează capacitatea de preluare a contractului în cazul imposibilității efectuării lucrărilor de către asociere.

Intervenientul susține că, în cadrul documentelor justificative, ofertantul a depus bilanțurile aferente anilor 2018, 2019, 2020 din care se poate observa situația financiară a terțului, personalul pe care acesta îl deține, utilajele și bunurile societății, demonstrând capacitatea de preluare a părții/părților din contract pe care ar putea să le execute.

Precizează că terțul susținător a elaborat o listă a principalelor livrări de produse/servicii prestate în perioada care acoperă maximum specificat în cadrul art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016, de 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici.

În opinia intervenientului, autoritatea contractantă a avut posibilitatea de a solicita clarificări privind susținerea terțului susținător în cazul în care, în urma unei verificări ar fi fost constatate nereguli, conform art. 183 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la asigurarea standardului de calitate și mediu, intervenientul menționează că toți membrii asocierii dețin un sistem de management al calității în conformitate cu SR EN ISO 9001 pentru activitățile ce urmează a fi prestate în cadrul contractului, aceste documente fiind prezentate în cadrul documentelor justificative, regăsindu-se atașate cererii de intervenție.

Referitor la critica contestatorului privind lipsa codului corespunzător în cadrul certificatului ISO 9001 de către asociatul, intervenientul menționează că din certificatul depus la pag. 96 din cadrul documentelor justificative, reiese autorizarea pentru activitățile care fac obiectul prezentului contract.

Contrar afirmației contestatorului, intervenientul menționează că obiectul de activitate stabilit prin acordul de asociere nr. 652/04.04.2022

pe care și l-a asumat este de furnizare echipamente de joacă, codul CAEN aferent acestei activități regăsindu-se în certificatul constatator nr. 536687/09.06.2022 depus în cadrul documentelor justificative, pag. 147-151.

În ceea ce privește afirmația contestatorului conform căreia oferta depusă de asocierie are un caracter nelegal întrucât există o presupusă modificare a propunerii tehnice, intervenientul precizează că documentele prezentate prin răspunsul de clarificare, respectiv fișele tehnice revizuite sunt emise și asumate de producătorul echipamentelor respective, echipamente care au fost declarate în ofertă la momentul depunerii, fiind completate doar cu anumite elemente/informații ce au avut rol de clarificare sau confirmare a informațiilor inițiale fără a produce vreun avantaj față de ceilalți ofertanți.

Menționează că, o asemenea abatere gravă de la legea achizițiilor publice ar fi fost sesizată de ANAP, concretizându-se într-un aviz conform condiționat aferent fazei de evaluare tehnică.

În concluzie, intervenientul menționează că oferta depusă este conformă, temeinică și legală și solicită respingerea contestației formulată de SC SRL și menținerea procesului verbal de evaluare a ofertelor ca fiind temeinic și legal îndeplinit, în deplină corelare cu legislația incidentă în materia achizițiilor publice și a cerințelor din documentele achiziției.

În probațiune anexează cererii de intervenție:

- Autorizația nr. B/CR4/B/36/3949/0/22.11.2021;
- Răspuns consolidat la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire nr. 146452/14.03.2022;
- Certificat ISO 9001:2015 –.....;
- Acord de asocierie nr. 164/09.03.2022, Certificat constatator nr. 536687/09.06.2022.

Prin adresa nr. 203002/03.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 38614/04.08.2022, ... trimite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În introducerea punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă modul de desfășurare al procedurii de atribuire.

Referitor la „evaluarea ofertelor prin raportare la modalitatea de elaborare a documentației de atribuire”, respectiv afirmația contestatorului: „(...) autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament a ofertanților, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, atât la momentul evaluării ofertelor, cât și la momentul elaborării documentației de atribuire”, autoritatea menționează că nu avea de unde să cunoască în momentul elaborării caietului de sarcini câți și care operatori economici se vor înscrie la

procedură în SICAP, apreciind afirmația contestatorului cu un caracter speculativ.

Precizează că, pe parcursul procedurii, ofertele participanților au fost evaluate cu luarea în considerare a aceluiași aspecte, așa cum rezultă din procesele-verbale întocmite, publicate în sistemul electronic, și avizelor primite în contextul controlului ex-ante.

În opinia autorității contractante, nu se poate concluziona că a încălcat prevederile art. 2 alin. (2) lit. b), respectiv art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și susține că a asigurat tratament egal și nediscriminatoriu, în condiții de transparență participanților la procedură.

În ceea ce privește accesul la dosarul achiziției publice, autoritatea precizează că în urma solicitării contestatorului, a permis accesul la documentele care nu au fost declarate confidențiale de ofertantul declarat câștigător.

Autoritatea menționează că în formularul „declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial”, asocierea SC SRL..... a consemnat:

„(...) , în virtutea art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precizăm că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică și din propunerea financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

Oferta tehnică conține informații confidențiale, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale ofertantului, în special în ceea ce privește know-how-ul, secretul tehnic și comercial. În mod specific, oferta tehnică continue elemente de know-how și secrete tehnice precum specificații tehnice, tehnologii proprii, diagrame, proiecte, scheme logice, machete, proceduri de lucru, scheme și desene tehnice, tehnologii, idei, concept, modalități de optimizare a procedeelor tehnice de fabricație și a modalităților de transport etc.

Dat fiind mediul concurențial agresiv specific industriei, divulgarea oricăror informații cuprinse în oferta tehnică și în oferta financiară către concurenți ar fi de natură de a subrezi poziția de piață a ofertantului precum și de a ne prejudicial interesele legitime;

Oferta financiară conține prețul ofertat și modalitatea de calcul al acestuia, informații de natură confidențială catalogate ca secret comercial;

Societatea noastră are un sistem propriu de organizare și executare a serviciilor și lucrărilor, sistem care ne ajuta în reducerea semnificativă a pierderilor și la o utilizare cât mai eficientă a resurselor materiale; Toate aceste metode pe care societatea noastră le utilizează în cadrul sistemului propriu de organizare reprezintă practic avantajul

societății noastre în cadrul procedurilor de achiziții publice și ne ajută să oferim un preț competitiv al lucrărilor pe piață;

Societatea noastră beneficiază de anumite discount-uri cu furnizorii săi și prețurile negociate cu aceștia au caracter confidențial, vizualizarea ofertei financiare însemnând dezvăluirea acestora. În cadrul ofertelor tehnice și financiare se găsesc de asemenea informații cu caracter personal. Ignorarea caracterului confidențial al ofertelor depuse de subscrisa ne-ar afecta în mod evident și substanțial competitivitatea noastră pe piață”.

Autoritatea menționează că SC SRL a consemnat: „(...) , reiterăm, caracterul confidențial al propunerii tehnice și al ofertei financiare, precum și al răspunsurilor de clarificare referitoare la acestea depuse de subscrisa în cadrul procedurii de atribuire. Acestea vizează și sunt concepute prin luarea în considerare a unor aspecte tehnice, comerciale și soluții aplicate cu un caracter strict secret și care nu pot fi decât în interiorul grupului din care face parte subscrisa, precum și rezultate în urma unor negocieri afectate de înțelegeri de confidențialitate între subscrisa și colaboratorii acesteia (...). Astfel, ținem să subliniem caracterul singular al propunerii noastre tehnice și financiare și faptul că subscrisa nu a ofertat soluții standard ale căror caracteristici tehnice să fie ușor accesibile pe piață, ci și-a adaptat capacitățile tehnice în vederea întrunirii exacte a cerințelor impuse de autoritatea contractantă și pregătirii unei oferte competitive. (...) Mai mult, propunerea noastră tehnică și financiară, precum și clarificările corespunzătoare, cuprind informații privind precontractele și ofertele negociate cu furnizorii noștri, inclusiv prețurile preferențiale protejate de un acord de confidențialitate încheiat cu aceștia, precum și detalii privind soluțiile tehnice pe care le-am conceput noi sau pe care le vor livra colaboratorii noștri, protejate, de asemenea, de un acord de confidențialitate. (...) În mod evident, dezvăluirea unor astfel de informații competitorilor noștri direcți, ar conduce la prejudicierea drepturilor și intereselor legitime al subscrisei și a colaboratorilor în sensul art. 19 din Legea nr. 101/2016(...), aspect de natură să conducă la distorsionarea concurenței”.

Autoritatea contractantă menționează că nu se poate identifica o modalitate obiectivă prin care să poată fi probate cele declarate de ofertanți, fără a periclita caracterul confidențial al propunerilor tehnice și financiare prin dezvăluirea de elemente care pot conduce o parte interesată spre obținerea de date la care în mod normal nu ar avea acces în condiții de concurență reală. Autoritatea contractantă consideră că prevederile art. 1¹, lit. e) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, cu completările și modificările ulterioare, sunt

aplicabile în stabilirea statutului confidențial al informațiilor din propunerile tehnice și financiare ale ofertanților.

Autoritatea menționează că formularea: „(...) următoarele părți/ informații din propunerea tehnică și din propunerea financiară au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală (...)”, face parte din textul formularului recomandat de autoritate și a fost concepută astfel încât să acopere, atât cazul secretului comercial, cât și cazul proprietății intelectuale, după caz, fără a însemna, în mod automat, că ambele sunt invocate.

În ceea ce privește datele cu caracter personal, autoritatea contractantă consideră că nu e importantă identitatea (nume, prenume, domiciliu etc.) persoanelor implicate, ci nivelul de calificare al acestora și disponibilitatea, corespunzător cerințelor din documentația de atribuire. Autoritatea apreciază că a asigurat accesul la dosarul achiziției la un nivel corespunzător, cu respectarea prevederilor art. 217, alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la critica contestatorului privind nelegalitatea respingerii ca neconformă a ofertei SC SRL, autoritatea menționează că:

- nu s-a identificat codul producătorului pentru produsul oferat, acesta fiind completat generic cu denumirea solicitată prin caietul de sarcini („Loc de joacă tip...” la 50 produse (întreaga gamă);
- s-a constatat depășirea toleranțelor prevăzute pentru 14 produse;
- nu s-au primit anexele solicitate pentru a se identifica produsul oferat în cadrul modelelor ce au fost supuse certificării, raportat la fișa tehnică emisă de producător pentru 50 produse;
- unele suprafețe de amplasare nu se încadrează în intervalul solicitat în caietul de sarcini pentru 8 produse, alături de faptul că nu s-au regăsit informații cu privire la modul de îndeplinire a următoarelor cerințe, așa cum au fost solicitate în documentația de atribuire - caiet de sarcini, cap. 8-Modul de prezentare a propunerii tehnice.

Autoritatea contractantă menționează că s-a considerat îndreptățită să considere oferta contestatorului ca neconformă, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Precizează că introducerea toleranțelor pentru dimensiunile produselor (+/-10 cm) în caietul de sarcini a urmărit obținerea unei game cât mai largi de oferte.

În ceea ce privește îndeplinirea cerinței privind experiența similară a intervenientului, autoritatea susține că SC SRL ignoră faptul că are calitatea de subcontractant prin acordul de subcontractare nr. 18/16.03.2022 și poate pune la dispoziția ofertantului

capacități pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare, menționând art. 5 din instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Autoritatea contractantă menționează că prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire nr. 146452/14.03.2022, publicat în SICAP, a specificat în răspunsul la întrebarea nr. 26: *„Capacitatea tehnică și/sau profesională poate fi îndeplinită și prin prezentarea de contracte ce au ca obiect livrarea și montaj de mobilier urban/echipamente sportive și fitness exterior pentru parcuri și spații publice”*.

Legat de dovezile implementării unui sistem de management al calității în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent, aferent activității principale a acordului-cadru de ofertanți, autoritatea susține că, ... a prezentat certificat ISO 9001:2015-QA TECHNIC Nr. QA-D / RO / 9001 / 0255, valabil până la 18.06.2023 – „(...) comerț și instalare echipamente de joacă pentru parcuri și mobilier urban”, iar a prezentat certificat ISO 9001:2015 / SR EN ISO 9001:2015 - RS CERT Nr. 09 / RSC01870 / 0001 / RO, data expirării: 02.03.2025, domeniul de activitate acoperit: „Intermedieri în comerțul cu produse diverse. (...) Activități de întreținere peisagistică”.

Autoritatea precizează că spectrul de activități acoperit de certificatele ISO 9001 sunt aferente activității principale a acordului-cadru.

În ceea ce privește domeniile de activitate ale ofertanților, din certificatele constatatoare eliberate de ONRC pentru membrii asocierii declarate câștigătoare, autoritatea prezintă următoarele:

- și subcontractanți rezultă că activitatea principală împreună cu activitățile autorizate ale acestora corespund obiectului acordului-cadru:

- SC SRL - certificat constatator ONRC nr. 544937/14.06.2022; Data ultimei înregistrări în registrul comerțului: 12.05.2022; Durata: nelimitată; Activitate principală: 4120 - Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale; Activități autorizate: 8130 - Activități de întreținere peisagistică;

- - certificat constatator ONRC nr. 536687/09.06.2022; Data ultimei înregistrări în registrul comerțului: 18.05.2022; Durata: nelimitată; Activitate principală: 8130 - Activități de întreținere peisagistică; Activități autorizate: 4120 Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale;

- - certificat constatator ONRC Nr. 543196/14.06.2022; Data ultimei înregistrări în registrul comerțului: 25.03.2022; Durata: nelimitată; Activitate principală: 4690 Comerț cu ridicata nespecializat; Activități autorizate: 4120 - Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale, 8130 Activități de întreținere peisagistică;

- - certificat constatator ONRC Nr. 545014 / 14.06.2022; Data ultimei înregistrări în registrul comerțului: 27.05.2022; Durata: nelimitată; Activitate principală: 4120 - Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale; Activități autorizate: 8130 Activități de întreținere peisagistică;

- Subcontractant - certificat constatator ONRC nr. 545067/14.06.2022; Data ultimei înregistrări în registrul comerțului: 03.03.2022; Durata: nelimitată; Activitate principală: 1629 - Fabricarea altor produse din lemn; fabricarea articolelor din plută, paie și din alte materiale vegetale împletite; Activități autorizate: 8130 Activități de întreținere peisagistică;

- Subcontractant, Terț susținător prin experiența similară - certificat constatator ONRC Nr. 504778/31.05.2022; Data ultimei înregistrări în registrul comerțului: 09.02.2022; Durata: nelimitată; Activitate principală: 4719 - Comerț cu amănuntul în magazine nespecializate, cu vânzare predominantă de produse nealimentare; Activități autorizate: 2511 - Fabricarea de construcții metalice și părți componente ale structurilor metalice.

În ceea ce privește critica referitoare la modificarea propunerii tehnice de asocierea declarată câștigătoare, autoritatea precizează că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, aceasta a respectat, în procesul de evaluare, prevederile art. 134 alin. (7) și (8) din H.G. 395/2016, apreciind acuzațiile contestatorului ca fiind lipsite de fundament.

Solicită Consiliului să respingă criticile formulate de SC SRL ca nefondate și să mențină rezultatul stabilit prin raportul procedurii de atribuire nr. 197432/15.07.2022.

Invocă în drept prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii 98/2016 și ale anexei la HG 395/2016.

În urma studierii dosarului, contestatorul depune concluzii scrise prin adresa nr. 1608/05.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 44153/05.09.2022.

Contestatorul reiterează cele prezentate în cuprinsul contestației și susține că nici autoritatea, nici intervenientul nu răspund aspectelor legate de identitatea între specificațiile tehnice din documentația de atribuire și oferta declarată câștigătoare.

Menționează că a identificat pe raza echipamentele de joacă ofertate de intervenient; de pe pagina de social media a și precizează că din publicațiile online rezultă că montajul echipamentelor de către intervenient s-a efectuat în timpul derulării procedurii de achiziție publică.

Susține că intervenientul a început executarea montajului echipamentelor ofertate chiar înainte de finalizarea evaluării ofertelor, cu acordul autorității contractante.

Contestatorul precizează că din comentariile cetățenilor la informările postate de autoritatea contractantă rezultă că amplasamentele nu limitează dimensiunile echipamentelor de joacă, considerând că nu subzistă niciun motiv pentru care autoritatea contractantă să nu fi acceptat ca fiind conformă oferta contestatorului, susținând că are echipamente mai generoase pentru dezvoltarea emoțională și motrică a copiilor, atât prin dimensiuni, cât și prin complexitate.

Conform contestatorului, autoritatea contractantă a refuzat informarea potențialilor ofertanți cu privire la dimensiunile amplasamentelor, în vederea ofertării, deși acest lucru a fost solicitat prin clarificări la documentația de atribuire.

În opinia contestatorului, toate principiile în materia achizițiilor publice au fost încălcate, neexistând în fapt nicio concurență reală în această procedură, motiv pentru care solicită anularea acestei proceduri.

Precizează că a solicitat autorității contractante, printr-un memoriu distinct, anularea procedurii, anexând acest document concluziilor scrise.

Cu privire la evaluarea ofertei sale, contestatorul menționează că în punctul de vedere nr. 203002/03.08.2022, autoritatea contractantă nu răspunde motivelor contestației sale, rezumându-se la a reitera motivele de respingere a ofertei sale.

Contestatorul apreciază că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale este nelegală, aspect care rezultă din conținutul propunerii tehnice a contestatorului și din răspunsul nr. 503/13.05.2022 la solicitarea de clarificări.

Susține că mențiunea din caietul de sarcini privind codul producătorului este o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

În ceea ce privește respingerea ofertei sale pentru nedepunerea anexei la certificatele de conformitate cu standarde tehnice, contestatorul

invocă aceleași argumente ca cele privind codurile producătorului.

Menționează conform cerințelor tehnice detaliate din caietul de sarcini, precum și certificatelor de conformitate emise pe elementele produselor, că autoritatea contractantă putea evalua oferta contestatorului fără anexele la aceste certificate.

Cu privire la evaluarea ofertei intervenientului, în ceea ce privește nerespectarea intervenientului a cerințelor privind terțul susținător, contestatorul precizează că nici autoritatea contractantă și nici intervenientul nu contrazic susținerile sale referitoare la caracterul inacceptabil al ofertei declarate câștigătoare, ambele limitându-se doar la aspecte legate de certificatul ISO și codurile CAEN.

Contestatorul apreciază că, autoritatea contractantă și intervenientul recunosc faptul că terțul susținător nu a prezentat documente din care să rezulte modul în care se va materializa susținerea sa în cazul în care ofertantul nu își îndeplinește obligațiile din acordul cadru/contractele subsecvente.

Susține în urma analizării documentele depuse de intervenient, că pentru terțul susținător al capacității tehnice și profesionale, ..., constată că nu au fost respectate cerințele din documentația de atribuire, nefiind depuse documente ale terțului susținător cu privire la modalitatea în care va aduce la îndeplinire angajamentul de susținere.

Menționează că în afara formularului de angajament de susținere, ce constituie actul juridic obligațional principal al terțului susținător, ... a prezentat în anexă la acest angajament doar lista contractelor care dovedesc experiența sa similară, fără a se preciza care este modalitatea concretă prin care va interveni în executarea contractului în situația eșecului contractantului susținut.

În concluzie, contestatorul precizează că autoritatea a încălcat obligația de a constata că nu sunt întrunite condițiile solicitate în documentația de atribuire cu privire la terțul susținător, care nu face dovada modalității concrete de susținere a ofertantului; autoritatea contractantă având obligația să declare această ofertă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară și să o respingă în temeiul art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Referitor la caracterul inacceptabil al ofertei intervenientului pentru neîndeplinirea cerinței standardelor de calitate, contestatorul susține că unul dintre asociați nu îndeplinește această cerință.

Precizează că în documentele acestuia există Certificatul ISO 9001:2015 emis sub nr. 09/RSC01870/001/RO în data de 03.03.2022 ce nu conține între activitățile acoperite și cea care face obiectul prezentei achiziții.

Potrivit contestatorului, întrucât autoritatea contractantă nu a permis fotocopierea documentelor, ci doar studierea acestora la sediul ei, a menționat în contestație că certificatul ISO aparține asociatului, însă în fapt acesta a fost emis pentru

Drept urmare, contestatorul își îndreptă eroarea din contestație precizând că oferta intervenientului nu îndeplinește cerința privind dovada implementării standardelor de calitate, întrucât nu are cuprins în certificatul ISO 9001, activitățile de comercializare echipamente de joacă.

Susține că singurele activități cuprinse în certificatul nr. 09/RSC01870/001/RO din data de 03.03.2022 sunt „lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale. Lucrări de pregătire a terenului. Intermedieri în comerțul cu produse diverse. Comerț cu ridicata al materialului lemnos și a materialelor de construcții și echipamentelor sanitare. Activități de întreținere peisagistică”.

În opinia contestatorului, niciuna din aceste activități nu reprezintă obiectul achiziției din prezenta procedură.

Precizează că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta intervenientului în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, astfel încât decizia de atribuire a contractului unui ofertant care nu îndeplinește cerințele de calificare este nelegală.

Referitor la lipsa codului CAEN al ofertei intervenientului,

Contestatorul menționează că pentru a putea fi puse pe piață, persoanele juridice trebuie să fie autorizate de ISCIR, sens în care trebuie să aibă în obiectul de activitate următoarele coduri CAEN: 9321-bâlciuri și parcuri de distracții; 9329-alte activități recreative și distractive n.c.a; 4311-lucrări de demolare a construcțiilor; 4312-lucrări de pregătire a terenului.

Precizează că după cum a arătat în cuprinsul contestației, că nu are codurile CAEN 9321, aspect care rezultă din certificatul constatator nr. 536687/09.06.2022.

Mai mult, susține că nici ceilalți membri ai asocierii nu au autorizat codurile CAEN 9321 și 9329, astfel cum se poate observa din certificatele constatatoare emise de Oficiul Registrului Comerțului.

În opinia contestatorului, toți membrii asocierii sunt intermediari fără experiență în activitățile ce fac obiectul achiziției, singurul distribuitor de echipamente de joacă fiind terțul susținător, cu care asociatul..... a încheiat acordul de subcontractare nr. 18/16.03.2022.

Conform contestatorului, doar..... a subcontractat montajul echipamentelor de joacă livrate de acesta, conform acordului de subcontractare nr. 17/09.03.2022 încheiat cu, care nu are obligația efectuării montajului și pentru restul echipamentelor de joacă oferite de intervenient.

Precizează că partea de echipamentele oferite de..... va fi montată în condiții de legalitate.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește caracterul inacceptabil al ofertei intervenientului, ca urmare a modificării propunerii tehnice, contestatorul menționează că autoritatea contractantă, nu indică unde se regăsesc în alte documente ale propunerii tehnice, informațiile care corespund

cerințelor caietului de sarcini, astfel încât răspunsul ofertantului să fie în mod real corectarea unui viciu de formă și nu o modificare a ofertei.

În opinia contestatorului, autoritatea ar fi avut obligația ca în solicitările de clarificări adresate intervenientului, să identifice în mod punctual o neconcordanță în ofertă și nu o neconcordanță raportată doar la prevederile caietului de sarcini, astfel cum e în prezenta cauză.

Contestatorul susține că intervenientul a oferat echipamente care nu respectă regimul de înălțime pentru toboganul circular, iar ulterior, la sesizarea autorității contractante a modificat oferta prin depunerea unei fișe tehnice pentru un produs diferit, care are altă înălțime.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea 101/2016, ă anularea actelor atacate, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, iar în subsidiar, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr 101/2016 anularea procedurii.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 45696/14.09.2022, autoritatea contractantă completează dosarul achiziției.

Prin corespondența nr. 1647/09.09.2022 înregistrată la CNSC sub nr. 45030/09.09.2022, contestatorul transmite note de cheltuieli în susținerea solicitării de acordare a cheltuielilor de soluționare.

Prin adresa nr. 1383/01.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 37977/01.08.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208276555/1 tranzacția nr. 1235113082/2064599966 din data de 01.08.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 791.841,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Furnizare, inclusiv montaj, de echipamente de joaca pentru locuri de joacă, parcuri și ansambluri de locuințe din al Municipiului”, cod CPV: 43325000-7, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. CN1039418/17.02.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 48.528.319,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „Cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru

care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici (...) participanți la procedura de atribuire pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (...)” și având în vedere faptul că la data de 28.07.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „[CN1039418/00086] Contestație SRL.pdf” contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză asocierea SC SRL..... are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC SRL, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC SRL împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Prin declarația de confidențialitate aflată la pag. 341-343 în vol. 5 al dosarului cauzei, asocierea SC SRL..... menționează că atât propunerea tehnică cât și cea financiară au caracter confidențial, pentru a nu-i prejudicia interesele legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „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 și probează 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”, Consiliul a solicitat SC SRL prin adresa nr. 41899/1790/C1/23.08.2022, să comunice temeiul juridic al încadrării

anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns prin adresa nr. 760/25.08.2022 înregistrată la CNSC sub nr. 42454/25.08.2022, în care invocă prevederile art. 57 alin. (1) și art. 217 din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 21 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE, art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001, art. 11 lit. e) și j) și art. 2 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 11/1991.

Susține că oferta sa conține informații privind activitățile comerciale și financiare ale căror cunoaștere de către terțe părți ar aduce atingere principiului concurenței loiale și ar fi de natură să nu asigure respectarea secretului comercial întrucât concurența sa ar putea utiliza respectivele informații în detrimentul său.

Susține că informațiile declarate confidențiale din oferta sa reprezintă know-how-ul său specific, care nu ar trebui să ajungă în posesia unui alt operator economic, mai ales a unui competitor direct de pe piața de profil deoarece aceste informații ar putea fi folosite pe viitor împotriva sa.

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul SC SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția SC SRL care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

Procedând la analiza contestației care face obiectul prezentei, Consiliul reține că SC SRL este nemulțumit atât de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca neconformă motivat de faptul că aceasta nu ar fi îndeplinit cerințele caietului de sarcini, cât și de modalitatea de evaluare a ofertei câștigătoare, despre care susține că ar fi trebuit respinsă.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului SC SRL privind motivele pentru care a fost respinsă oferta sa, Consiliul reține că, la secțiunea 3.4 intitulată „Produsele solicitate și operațiunile cu titlu accesoriu necesar a fi realizate” aflată la pag. 5 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a menționat că obiectul prezentului acord-cadru constă în încheierea unor contracte subsecvente pentru furnizarea și montarea unui număr de 50 de tipuri de echipamente necesare pentru

modernizarea locurilor de joacă existente și pentru înființarea de noi locuri de joacă în sector.

Specificațiile tehnice prin intermediul cărora a descris autoritatea contractantă cele 50 de tipuri de echipamente se regăsesc la pag. 6-15 din caietul de sarcini, relevante în soluționarea contestației fiind mențiunile cu privire la dimensiunile respectivelor echipamente, pentru care autoritatea contractantă a menționat atât dimensiunile totale toleranța maximă admisă (de exemplu, pentru locul de joacă tip 1 aflat la poziția 1 de la pag. 6 din caietul de sarcini este precizat *„Dimensiuni: $L \times l \times h - 9,25 \times 7,30 \times 5,0$ m, specificație tehnică a echipamentului cuprinsă într-un interval de ± 10 cm fata de acestea”*) cât și dimensiuni ale componentelor/jucăriilor din structura locului de joacă (cum ar fi, de exemplu, precizarea *„(...) un tobogan mare, circular în formă de S la înălțimea de 2,5 m (...)”*).

Totodată, Consiliul reține că prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări formulate de către operatorii economici interesați, publicat în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul *„[CN1039418/00025] Raspuns Solicitari Clarificari 2.pdf.p7s”*, autoritatea contractantă a menționat că *„Dimensiunile echipamentelor solicitate nu sunt fixe, prezentând intervale de variație de ± 10 cm, astfel încât echipamentele să se încadreze într-un interval sau o limită (minim sau maxim)”*, confirmând astfel că limitele de ± 10 cm sunt aplicabile atât specificațiilor tehnice cu privire la dimensiunile totale ale locurilor de joacă cât și în cazul mențiunilor cu privire la dimensiunile componentelor individuale ale acestora, cum ar fi înălțimea toboganului reținută anterior cu titlu de exemplu.

În ceea ce privește modalitatea de elaborare a propunerii tehnice, Consiliul reține prevederile secțiunii *„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice”* din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP sub identificatorul *„[CN1039418/00008] FisaDate_DF1137855.pdf”* intitulate generic *„fișa de date”*, potrivit cărora *„Ofertantul are **obligatia** de a elabora și a prezenta **Propunerea Tehnică** astfel încât să **corespundă cerințelor minime prevăzute în Caietul de Sarcini** si celor din Documentația de atribuire, în ansamblu (...) Informații detaliate privind modul de elaborare și prezentare a propunerii tehnice se regăsesc în cadrul secțiunii „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din Caietul de Sarcini, motivat de faptul că prezenta secțiune permite completarea unui număr limitat de caractere care nu sunt suficiente pentru includerea cerințelor privind modul de elaborare a propunerii tehnice la această rubrică”*.

Cerințele anterior menționate din fișa de date cu privire la modalitatea de prezentare a propunerii tehnice sunt completate de cele prevăzute la secțiunea *„8. Modul de prezentare al propunerii tehnice”*, în

cadrul cărora autoritatea contractantă a menționat că „Ofertantul va întocmi oferta - propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței acesteia cu cerințele/specificațiile (inclusiv tehnice) prevăzute în cadrul caietului de sarcini. Ofertantul trebuie să răspundă punctual la **toate cerințele** aferente propunerii tehnice și **să detalieze modalitatea** și mijloacele concrete prin care produsele și lucrările ofertate **îndeplinesc aceste cerințe**, astfel încât comisia de evaluare să aibă posibilitatea evaluării acesteia în mod obiectiv, prin raportare la informațiile prezentate și cu respectarea prevederilor legale aplicabile. Ofertantul va avea în vedere că **toate cerințele și caracteristicile solicitate** explicit în cadrul documentației de atribuire au un caracter minim și **obligatoriu** (...).”

Constatând faptul că numeroase componente ale locurilor de joacă din oferta contestatorului nu se încadrează în limita de toleranță +/- 10 cm impusă de autoritatea contractantă raportat la specificațiile tehnice din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a transmis acestuia adresa nr. 171275/11.05.2022 prin care a solicitat clarificări cu privire la neconcordanțele sesizate.

SC SRL a răspuns la solicitarea de clarificări anterior menționată prin adresa nr. 503/13.05.2022 (pag. 211-164 din vol. 8 al dosarului cauzei), invocând răspunsul consolidat publicat de autoritatea contractantă în anexa anunțului de participare, din care subliniază sintagma „(...) dimensiunile echipamentelor solicitate nu sunt fixe, prezentând intervale de variație de +/- 10 cm (...)” și faptul că produsele sale ar fi fabricate în conformitate cu standardul TS EN 1176-3.

Ulterior verificării răspunsului transmis de contestator, autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal nr. 353/26.05.2022 (pag. 501-374 din vol. 2 al dosarului cauzei) în care a respins oferta SC SRL în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 potrivit căroră „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

Verificând, la rândul său, propunerea tehnică și răspunsul la solicitarea de clarificări transmis de SC SRL autorității contractante raportat la prevederile exprese ale documentației de atribuire, Consiliul reține, cu titlu de exemplu, referitor la cerința ca locul de joacă tip 1 să aibă „Elemente minime ale ansamblului de joacă: un tobogan mare, circular în formă de S la înălțimea de 2,5 m (...)” (pag. 6 din caietul de sarcini), că SC SRL a menționat în fișa tehnică aflată la pag. 365 din vol. 6 al dosarului cauzei că toboganul din compunerea locului de joacă tip 1 nu are înălțimea de 2,5 metri +/- 10

cm astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini ci are înălțimea de 3 metri.

Constatând diferența de înălțime dintre toboganul solicitat prin caietul de sarcini și cel oferat de SC SRL, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, la punctul 1 din adresa nr. 171275/11.05.2022 următoarele clarificări:

„Pentru produsul oferat la poziția 1, «Loc de joacă tip 1» s-au constatat următoarele:

(...)

În descrierea produsului oferat se precizează că toboganul elicoidal tubular din polietilenă este situat la înălțimea de 3 m și nu la înălțimea de 2,5 m, așa cum s-a solicitat în caietul de sarcini

(...)

Având în vedere cele de mai sus, se solicită pentru produsul oferat la poziția 1, «Loc de joacă tip 1» următoarele:

(...)

2. Se solicită clarificarea aspectului sesizat cu privire la neconcordanța dintre înălțimea la care este situat toboganul elicoidal tubular față de cerința din caietul de sarcini”.

SC SRL a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 503/13.05.2022, în cuprinsul căreia nu neagă faptul că înălțimea toboganului aferent locului de joacă 1 excedează limita de 2,5 metri stabilită prin caietul de sarcini ci menționează că locul de joacă în ansamblul său ar fi produs în conformitate cu standardele aplicabile, are 5 metri înălțime astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini și fost ales ținând cont de „respectarea distanțelor dintre platforme”.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă **modalitatea concretă** pe care ofertantul **o recomandă** autorității contractante **în vederea îndeplinirii cerințelor** sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită produselor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole

nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării locurilor de joacă și a subansamblelor acestora au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antementionate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui tip de echipamente de joacă deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unora care să se încadreze în limita de toleranță +/- 10 cm raportat la valorile de gabarit individuale enumerate în caietul de sarcini.

Cerințele din fișa de date a achiziției și caietul de sarcini cu privire la modul de elaborare a propunerii tehnice și specificațiile tehnice din caietul de sarcini cu privire la dimensiunile echipamentelor de joacă sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, deși autoritatea contractantă a confirmat prin răspunsul consolidat care este limita de toleranță în care trebuie să se încadreze dimensiunile componentelor echipamentelor de joacă, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la dimensiunile/cotele/înălțimea acestora, prin urmare și-au însușit atât obligația de a le respecta în totalitate cât și consecințele abaterii de la aceste cerințe.

Consiliul reține că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări și prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL nu a negat faptul că echipamentele de joacă din oferta sa se situează în afara limitei de toleranță +/- 10 cm stabilită prin caietul de sarcini și confirmată prin răspunsul consolidat însă solicită obligarea autorității contractante la acceptarea ofertei sale pentru simplul motiv că echipamentele de joacă ar fi conforme cu standardul TS EN 1176-3, deși nu respectă cerința cu privire la înălțimea maximă.

Consiliul nu va putea reține drept pertinente aceste susțineri deoarece cerința din caietul de sarcini cu privire la conformitatea cu standardul EN 1176 este formulată distinct de cerințele cu privire la dimensiunile individuale ale echipamentelor de joacă, acestea nefiind alternative ci cumulative.

Referitor la acest aspect, Consiliul reține că cerința „*Echipamentele ce urmează a fi achiziționate trebuie să îndeplinească următoarele condiții: (...) să fie proiectate, construite și montate respectând, atât standardele europene SR EN 1176/2018 și SR EN 1177/2018, cât și prescripțiile tehnice PT R 19/2002 și HG nr. 435/2010*” se regăsește în

secțiunea introductivă de la pag. 2 din caietul de sarcini, fiind aplicabilă tuturor echipamentelor de joacă, spre deosebire de cerințele cu privire la dimensiuni care sunt formulate pentru fiecare echipament de joacă în parte, la pag. 6-15 din caietul de sarcini.

Prin urmare, pentru ca oferta SC SRL să poată fi considerată admisibilă, acesta avea obligația să demonstreze că echipamentele de joacă respectă cumulativ atât prevederile standardului EN 1176 cât și cerințele individuale cu privire la dimensiuni.

Ori, prin oferta depusă SC SRL nu a oferat în cadrul locului de joacă tip 1 un tobogan cu înălțimea de 2,5 metri (cu limită de toleranță +/- 10 cm) ci a oferat un tobogan cu înălțimea de 3 metri, motiv pentru care autoritatea contractantă a constatat în mod corect față de oferta acestuia un prim motiv de neconformitate.

Consiliul reține că abateri similare de la specificațiile tehnice cu privire la dimensiuni se regăsesc și în cazul altor echipamente de joacă din oferta SC SRL, după cum urmează:

- pentru produsul „loc de joacă tip 6”, toboganul drept oferat este situat la înălțimea de 1 metru (pag. 309, vol. 6 al dosarului cauzei), în loc de 0,6 metri cum s-a solicitat prin caietul de sarcini;
- pentru produsul „loc de joacă tip 9” a fost oferat tobogan drept cu înălțimea de 1 m (pag. 276, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de tobogan modular cu înălțimea de 1,25 metri;
- pentru produsul „loc de joacă tip 10” a oferat tobogan drept cu înălțimea de 1 metru (pag. 265, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de tobogan modular cu înălțimea de 0,6 metri, cum s-a solicitat prin caietul de sarcini;
- pentru produsul „loc de joacă tip 13” a oferat tobogan drept situat la înălțimea de 1 metru (pag. 232, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de tobogan modular situat la înălțimea de 0,85 metri;
- pentru produsul „loc de joacă tip 14” a fost oferat 1 tobogan drept situat la înălțimea de 1,5 metri, un tobogan drept din polietilenă situat la înălțimea de 1 metru (pag. 222, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de 2 tobogane modulare situate la înălțimea de 1,40 metri;
- pentru produsul „loc de joacă tip 15” a fost oferat tobogan drept din polietilenă la înălțimea de 1 metru (pag. 211, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de 1,25 metri;
- pentru produsul „loc de joacă tip 16” a fost oferat tobogan drept situat la înălțimea de 1 metru (pag. 265, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de 1,25 metri;

- pentru produsul „loc de joacă tip 17” a fost oferat tobogan drept situat la înălțimea de 1,5 metri și tobogan drept din polietilenă la înălțimea de 1 metru (pag. 189, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de 2 tobogane modulare situate la înălțimea de 1,55 metri;
- pentru produsul „loc de joacă tip 20” a fost oferat 1 tobogan drept situat la înălțimea de 1 metru și 1 tobogan drept situat la înălțimea de 1,4 metri (pag. 156, vol. 6 al dosarului cauzei) în loc de tobogan modular și tobogan tubular ambele situate la înălțimea de 1,2 metri.

Consiliul reține că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (*art. 123 din HG nr. 395/2016*), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Cerințele din fișa de date a achiziției, cu privire la modalitatea de elaborare a propunerii tehnice, precum și specificațiile tehnice din caietul de sarcini sunt obligatorii și nu formale, cerințele respective, elaborate de autoritatea contractantă, nefiind contestate de către niciun operator economic interesat până în data-limită de depunere a ofertelor, prin urmare SC SRL și-a însușit obligația de a depune/prezenta în cadrul propunerii tehnice documentele/informațiile solicitate de autoritatea contractantă, până la data limită stabilită în anunțul de participare, în vederea demonstrării cerințelor în discuție, din caietul de sarcini.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: *„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei **autorități contractante** îi revine sarcina **de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit** (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”* iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că *„astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit”* și a precizat că *„**această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură**”*.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea **obligatia să excludă** de la o achiziție un **operator economic care nu a comunicat un înscris** sau o informație **a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții** sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

Potrivit prevederilor art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta care cuprinde și propunerea tehnică reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că echipamentele de joacă oferite de către contestator nu respectă cerințele obligatorii din caietul de sarcini cu privire dimensiuni, astfel produsele oferite nu corespunde necesității autorității contractante astfel cum a fost detaliată în cadrul caietului de sarcini.

Din analiza ofertei depusă de către societatea contestatoare, nu rezultă că aceasta și-a asumat responsabilitatea de a livra echipamente de joacă ale căror dimensiuni să se încadreze în limita de toleranță stabilită de autoritatea contractantă.

Consiliul reține că o eventuală acceptare a răspunsului transmis de SC SRL la solicitarea de clarificări a autorității contractante fi însemnat în fapt inițierea unei reale negocieri între respectivul ofertant și autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, fapt de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea SC SRL, cu încălcarea principiilor tratamentului egal și transparenței și a prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei sale care nu corespunde cerințelor din caietul de sarcini (situație sancționată potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ofertei ca neconformă) într-o ofertă admisibilă și, eventual, câștigătoare.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **se opun oricărei negocieri** între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a căruia ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37)”.

În ceea ce privește cerința privind certificarea EN 1176 anterior produsă, Consiliul reține următoarele aspecte:

- la pag. 412-435 din vol. 6 al dosarului cauzei se regăsesc certificate de conformitate emise de către Institutul Turc de Standardizare în care este menționat standardul EN 1176 și sunt enumerate coduri ale unor echipamente de joacă, cum ar fi „Leagăn cu un singur ax de rotație (tip 1) modelele: RS-100//RS-115//RS-108//RS-105//RS-107//RS-106//RS-113//RS-116//RS-112//RS-102//RS-120//RY-07//RY-12//RS-104 (...) Leagăn cu un singur punct (RS-118)” (pag. 435) sau „modelele A1000//A1014//RHT106//RTR01//RTR100//RTR501//RTR503//RBT102//RBT100//RBT101//RY08//RTR101//RTR102//RTR500//RTR502//RTR504//RTR505//RTR506//RTR507//RPR200//RPR201//RTD102//RTD103” (pag. 431);

- fișele tehnice depuse de SC SRL în propunerea sa tehnică sunt redactate în limba română și au aspectul unor documente editate în aplicația Microsoft Word chiar de către ofertantul SC SRL, la care sunt anexate imagini 3D și schițe cu dimensiuni;

- între certificatele EN 1176 și fișele tehnice din oferta SC SRL nu există niciun element de legătură deoarece certificatele nu conțin imagini/schițe care să permită identificarea fișelor tehnice aferente respectivului produs iar fișele tehnice nu conțin coduri de produse care să permită identificarea certificatului emis pentru fiecare produs.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a precizat în cadrul fișei de date faptul că „Ofertantul are **obligția** de a elabora și a prezenta **Propunerea Tehnică** astfel încât să **corespundă cerințelor minime prevăzute în Caietul de Sarcini** și celor din Documentația de atribuire, în ansamblu (...) Informații detaliate privind modul de elaborare și prezentare a propunerii tehnice se regăsesc în cadrul secțiunii „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din Caietul de Sarcini” iar la pag. 19 din caietul de sarcini se găsește cerința „Pentru fiecare echipament, ofertantul va prezenta următoarele documente: **Fișa tehnică cu descrierea produsului, a caracteristicilor tehnice, codul produsului, dimensiunile și greutatea echipamentului, imagini ale echipamentului, materiale utilizate, numărul maxim de copii ce se pot juca simultan, înălțimea maximă de cădere, suprafețele minime de siguranță necesare, documente provenind de la producătorul echipamentelor prezentate în copie, iar în cazul echipamentelor din import, copii traduse în limba română**”, aspect din care rezultă că autoritatea contractantă a cerut în mod expres menționarea codului de produs în fișa tehnică.

Consiliul apreciază că, în speța dedusă soluționării, utilitatea practică a codului de produs constă în facilitatea corespondenței dintre produsele descrise prin fișele tehnice și certificatele emise de către

Institutul Turc de Standardizare, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței cu privire la certificarea EN 1176 a produselor oferțate.

Mai mult, deși autoritatea contractantă a solicitat contestatorului prin adresa nr. 171275/11.05.2022 să completeze fișele tehnice cu numerele/codurile produselor și să transmită anexele certificatelor EN 1176, respectivul ofertant nu a profitat de oportunitatea creată și nu și-a completat propunerea tehnică cu aceste informații care lipseau din aceasta și care ar fi putut fi de natură să permită verificarea cerinței cu privire la certificare, menționând în tabelul de la pag. 159-155 doar denumirile din caietul de sarcini (cum ar fi „*loc de joacă tip 1*” sau „*leagăn tip 1*” sau „*balansoar tip 1*” etc.) și greutatea acestora.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a constatat în mod corect neconformitatea ofertei contestatorului și cu privire la lipsa codului de producător și a dovezilor certe cu privire la certificarea produselor oferțate.

În ceea ce privește susținerile contestatorului privind caracterul pretins restrictiv al dimensiunilor și structurii echipamentelor de joacă din caietul de sarcini, Consiliul urmează să le respingă ca tardive prin raportare la data luării la cunoștință, din anexa anunțului de participare, relevante în acest sens fiind prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră „*În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire*”.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din documentele anexate anunțului de participare, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

În ceea ce privește criticile contestatorului referitoare la propunerea tehnică a asocierii SC SRL..... comparativ cu oferta sa, Consiliul reține că, în etapa de verificare a conformității propunerilor tehnice cu specificațiile din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a transmis asocierii SC SRL..... adresa de solicitare clarificări nr. 171278/11.05.2022, prin care a cerut respectivului ofertant lămurirea unor aspecte similare cu cele care au făcut obiectul solicitării de clarificări nr. 171275/11.05.2022 analizată anterior.

Astfel, din analiza solicitării de clarificări nr. 171278/11.05.2022, Consiliul reține că așa-zisele neclarități ale autorității contractantă cu privire la oferta asocierii SC SRL..... au constatat în lipsa menționării anumitor cote/dimensiuni pe fișele tehnice depuse din ofertă

(cum ar fi lipsa precizării înălțimii toboganului mare circular în formă de S din componența locului de joacă tip 1 ofertat) fie în neconcordanțe/discrepanțe între cotele din fișele tehnice și cele din caietul de sarcini (cum ar fi înălțimea toboganului menționat la punctul 2) fie în lipsa/absența din propunerea tehnică a altor informații solicitate prin caietul de sarcini (cum ar fi greutatea echipamentului sau numărul maxim de copii) fie în lipsa/absența anumitor înscrisuri solicitate explicit prin caietul de sarcini (cum ar fi certificatele de conformitate pentru echipamentele oferite).

Procedând la analiza punctuală a răspunsului la solicitările de clarificări anterior menționate raportat la propunerea tehnică depusă de intervenient, cerințele din caietul de sarcini și adresa de solicitare clarificări, Consiliul reține cu titlu de exemplu că în planșa de la pagina 276 din vol. 4 al dosarului cauzei este trasată o linie de cotă de la platforma echipamentului de joacă (aparent aceasta fiind la înălțimea unuia dintre tobogane) până la sol, cu valoarea 1200 mm iar în partea inferioară a paginii se regăsește mențiunea „ $H=1,20m$ ”.

Totodată, se reține că urmare a solicitării de clarificări nr. 171278/11.05.2022, asocierea SC SRL..... a transmis autorității contractante planșa aflată la pag. 327 din vol. 5 al dosarului cauzei, în care linia de cotă nu mai este la 1200 mm ci este la 1500 mm (valoare solicitată prin caietul de sarcini pentru unul dintre tobogane) și este menționată în partea de jos a paginii sintagma „ $H=1,50\text{ m}$; $H=1,20\text{ m}$; $H=1,00\text{ m}$ ”, astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini pentru cele 3 tobogane.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea SC SRL..... a modificat caracteristicile echipamentului de joacă ofertat în cadrul propunerii sale tehnice, aspect sancționat conform art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Tot cu titlu de exemplu, Consiliul reține că la punctul 3 din adresa de clarificări nr. 171278/11.05.2022, autoritatea contractantă a solicitat asocierea SC SRL..... clarificări cu privire la discrepanța dintre înălțimea toboganelor oferite în structura locului de joacă tip 2 (2,4 metri) și specificațiile din caietul de sarcini, prin care s-a solicitat ca toboganele să fie la înălțimea de 3 metri.

La această solicitare de clarificări, asocierea SC SRL..... a răspuns atașând o fișă tehnică modificată (termenul din adresa de răspuns este „revizuită de producător”), prin care și-a modificat parametrii echipamentului de joacă ofertat în cadrul propunerii tehnice în sensul conformării cu cerința din caietul de sarcini.

Consiliul reține că prin acceptarea modificării fișelor tehnice din propunerea tehnică, autoritatea contractantă a determinat apariția unui

avantaj în favoarea asocierii SC SRL....., cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”, avantaj constând din transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu a fost elaborată în conformitate cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (situație sancționată potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ca neconformă) într-o ofertă admisibilă și, ulterior, câștigătoare.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă **nu poate fi modificată după depunerea sa** nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă **nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărei ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca **datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente** (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Răspunsurile asocierii SC SRL..... la punctele 2 și 3 din adresa de solicitare clarificări anterior menționată nu se încadrează nu pot fi considerate „simple clarificări sau înlăturări ale unor erori materiale evidente” astfel cum sunt acestea menționate în jurisprudența comunitară anterior reprodusă ci reprezintă corectări ale unor neconformități din respectiva ofertă, prin înlocuirea unor elemente constructive care se situează în afara limitei de +/- 10 cm impusă de autoritatea contractantă față de dimensiunile din caietul de sarcini cu altele care respectă aceste cerințe.

Mai mult, Consiliul reține că în cadrul celor 26 de răspunsuri la adresa de solicitare clarificări nr. 171278/11.05.2022, asocieria SC SRL..... și-a completat propunerea tehnică cu informații care lipseau din aceasta (greutate, număr maxim copii simultan, înălțimea toboganelor etc.) și care nu pot fi considerate vicii de formă astfel cum sunt acestea definite la art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 deoarece corectarea acestor informații nu este susținută de alte informații din oferta depusă.

În cauza C-131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare **nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia** din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea **nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor.** Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, **ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă**”.

Mai mult, Consiliul reține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea SC SRL..... nu s-a limitat doar la înlocuirea înscrisurilor neconforme cu altele corectate ci a procedat la completarea propunerii tehnice cu înscrisuri care nu se regăseau în aceasta, cum ar fi certificatele de origine/conformitate pentru rampele skate tip 2 și tip 3 care au fost depuse în urma solicitării de la punctul 25 din adresa anterior menționată.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține discrepanța dintre modalitatea strictă/riguroasă în care a solicitat autoritatea contractată depunerea ofertelor (a se vedea, de exemplu precizarea „Ofertantul va demonstra corespondența propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini (...) Dacă propunerea tehnică nu satisface cerințele caietului de sarcini oferta va fi considerată neconformă” de la secțiunea „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date) și modalitatea pârținitoare și nelegală de evaluare a ofertei asocierii SC SRL....., prin acordarea acesteia din urmă a posibilității corectării neconformităților sesizate.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile SC SRL privind propunerea tehnică a asocierii SC SRL.....

Referitor la criticile contestatorului potrivit cărora contractele nr. 160946/20.10.2020 (furnizare de mobilier urban - bănci de odihnă) și nr. 137173/09.07.2021 (furnizare coșuri de gunoi) menționate de asocierii SC SRL..... nu ar reprezenta experiență similară prin raportare la cerința de calificare din fișa de date, Consiliul reține următoarele aspecte:

- la secțiunea III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională din anunțul de participare, autoritatea contractantă a definit experiența similară prin sintagma *„ofertanții trebuie să facă dovada experienței în domeniul obiectului Acordului-Cadru, respectiv livrarea de echipamente de joacă, cu montaj inclus, cu o valoare cumulată de minim 10.000.000,00 lei, fără TVA, în ultimii 3 ani”*;
- la punctul 26 din răspunsul consolidat nr. 146452/14.03.2022, autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de modificare a cerinței de calificare formulată de un operator economic interesat astfel: *„Experiența similară solicitată la Cap, III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională poate fi îndeplinită și prin prezentarea de contracte ce au ca obiect livrarea și montaj de mobilier urban / echipamente sportive și fitness exterior pentru parcuri si spatii publice”*.

Prin contestația formulată, SC SRL susține că asocierea SC SRL..... nu ar deține experiența similară deoarece cele 2

contracte anterior menționate nu au ca obiect „livrarea de echipamente de joacă, cu montaj inclus” astfel cum s-a solicitat prin fișa de date iar în opinia autorității contractante, susținerile contestatorului ar trebui respinse ca nefondate deoarece, prin răspunsul consolidat, a fost modificată cerința de calificare, astfel încât să poată participa cât mai mulți ofertanți.

În soluționarea criticii anterior menționată, Consiliul reține prevederile art. 142 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „*Autoritatea contractantă are **obligatia** de a **asigura transparența procedurii** de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru prin **publicarea**, în conformitate cu dispozițiile prezentei legi, a anunțurilor de intenție, **anunțurilor de participare** și a anunțurilor de atribuire*” și prevederile art. 182 din același act normativ potrivit căroră „**Criteriile** privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, **sunt prevăzute în anunțul de participare**”.

Totodată, Consiliul reține prevederile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „*Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă*”.

Din analiza normelor juridice anterior reproduse, Consiliul reține că locul în care se menționează cerințele și criteriile de calificare privind capacitatea tehnică și profesională (cum sunt cele cu privire la experiența similară) este anunțul de participare, motivat de faptul că acest înscris este disponibil spre consultare în mod direct în aplicația SEAP/SICAP spre deosebire de celelalte documente ale achiziției (instrucțiuni pentru ofertanți, caiet de sarcini, modele de formulare etc.) pentru a căror accesare este necesară efectuarea unei anumite succesiuni de operațiuni (descărcarea fișierelor, extragerea din fișierul tip semnătură electronică, eventuala căutare manuală în fișiere scanate etc.).

Mai mult, în situația procedurilor a căror valoare estimată este mai mare decât pragurile prevăzute la art. 7 din Legea nr. 98/2016, cerințele cu privire la experiența similară se regăsesc în anunțul de participare publicat în JOUE, spre deosebire de informațiile din celelalte documente ale achiziției care nu se publică în JOUE.

Prin urmare, conținutul anunțului de participare beneficiază de transparență incomparabil mai mare decât caietul de sarcini sau instrucțiunile pentru ofertanți (intitulate generic „fișa de date” conform susținerilor contestatorului și ale autorității contractante), care se regăsesc doar ca fișiere anexate în SEAP.

Față de cele de mai sus, se reține modalitatea strictă/riguroasă în care are autoritatea contractantă obligația de a aduce la cunoștință operatorilor economici cerințele de calificare privind experiența similară, prin publicarea acestora în anunțul de participare.

În ceea ce privește eventualele modificări ale cerințelor de calificare pe parcursul derulării procedurii, Consiliul reține prevederile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora *„În cazul în care, după publicarea unui **anunț**, intervin anumite **modificări față de informațiile deja existente** în acesta, autoritatea contractantă are **obligația** de a transmite spre publicare un **anunț de tip erată** la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”* și cele ale art. 30 alin. (6) din același act normativ, potrivit cărora *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că modificările operate de către autoritatea contractantă asupra cerinței de calificare nu se regăsesc într-un anunț tip erată astfel cum avea obligația potrivit art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016 ci doar într-o clarificare publicată în SEAP conform art. 160 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 27 din HG nr. 395/2016.

Ca urmare a acestei omisiuni, se reține că cerința cu privire la experiența similară nu a fost în fapt modificată, conținutul din anunțul de participare nemodificat printr-un anunț tip erată fiind obligatoriu atât pentru ofertanți în etapa de elaborare a ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă în exercitarea atribuțiilor prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016 privind *„verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați”*.

Ori, întrucât cele 2 contracte executate anterior de....., menționate în DUAЕ la pag. 6 (pag. 248, vol. 2 al dosarului cauzei), respectiv contractele nr. 160946/20.10.2020 pentru furnizare de mobilier urban - bănci de odihnă și nr. 137173/09.07.2021 pentru furnizare coșuri de gunoi, nu au ca obiect activități de natura celor prevăzute în anunțul de participare prin sintagma *„livrarea de echipamente de joacă, cu montaj inclus”*, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind acest aspect.

Referitor la criticile contestatorului privind terțul susținător, Consiliul constată că acestea sunt în strânsă legătură cu cele analizate anterior deoarece obiectul susținerii în constituie experiența similară.

În acest sens, din analiza declarațiilor DUAЕ depuse de către membrii grupului de operatori economici din asocierea declarată câștigătoare, Consiliul reține că SC SRL, ... și nu au completat în DUAЕ rubrica aferentă experienței similare (rubrica intitulată „Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat”), toată experiența similară invocată aparținând asociatului..... (pag. 247-248 din vol. 2 al dosarului cauzei) și terțului susținător, cu un număr de 3 contracte ale căror date de identificare sunt enumerate la pag. 6 din DUAЕ, la pag. 232 din vol. 2 al dosarului cauzei.

Astfel, în ceea ce privește terțul susținător, autoritatea contractantă a impus în la secțiunea aferentă cerințelor de calificare din cadrul anunțului de participare următoarele cerințe:

„Atenționări speciale:

1. *În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare membru al asocierii are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței prin prezentarea documentelor justificative, la solicitarea Autorității Contractante, respectiv operatorul economic clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.*

2. ***În cazul*** în care ofertantul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, ***susținerea unui terț***, DUAЕ, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de terțul/terții susținător(i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul. ***Se vor depune***, odată cu DUAЕ, următoarele documente: ***Angajamentul ferm al terțului susținător, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, Acordul de subcontractare și/sau Acordul de asociere, după caz***”.

Totodată, se reține că la punctul „IV.3 Informații suplimentare” din același anunț de participare se regăsește următoarea precizare:

„NOTĂ: Având în vedere Notificarea A.N.A.P. nr. 256/2016, se solicită tuturor ofertanților ca odată cu depunerea DUAЕ și a ofertei până la data limită a depunerii ofertelor să prezinte ***Angajamentul terțului*** susținător (împreună cu documente anexe la angajament, din care rezultă ***modul efectiv în care se va materializa susținerea*** acestuia/acestora) și Acordul de asociere, dacă este cazul”.

De asemenea, „Formularul de angajament ferm”, (anexa la documentația de atribuire) prevede în mod explici faptul că:

„NOTE:

- **Odată cu angajamentul** de susținere, ofertantul **va prezenta** documentele transmise acestuia de terț/terții susținător/susținători, din care să rezulte **modul efectiv** prin care terț/terții susținători va/vor **asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere**, documente care se vor constitui anexe la angajamentul ferm.

- Prevederile prezentului formular reprezintă conținutul minim al înțelegerii dintre ofertant și terț cu privire la acordarea susținerii. În cazul în care părțile doresc să stabilească și alte prevederi/drepturi/obligații, vor redacta o înțelegere scrisă separată pe care o vor anexa angajamentului ferm, cu condiția ca aceasta să nu contravină prevederilor prezentului angajament”.

Sunt relevante în soluționarea contestației formulate și prevederile legale referitoare la terț/terții susținător, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, după cum urmează:

- art. 182 din Legea nr. 98/2016: „(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terț/terții respectiv/respectivi.

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

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terț/terții susținător/susținători, **din care să rezulte modul efectiv prin care terț/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament”.**

- art. 48 din HG nr. 395/2016: „(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară,

respectiv capacitatea tehnică și profesională invocând suportul unui/unor terț/terți, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, **cu condiția ca ofertantul/candidatul să poată demonstra că dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului**".

- art. 50 din HG nr. 395/2016: „(1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă și contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție”.

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente din care să rezulte atât faptul că terții susținători vor desfășura efectiv lucrările care fac obiectul susținerii, cât și modul efectiv în care aceștia vor asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că asocierea desemnată câștigătoare a declarat în DUAE că îndeplinește parte din cerința privind „Capacitatea tehnică și profesională” prin terțul susținător, fiind depus în acest sens „Angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică și profesională” din care rezultă că acesta din urmă se angajează: „în situația în care ofertantul asocierea SC SRL..... întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul derulării acordului-cadru/ contractului subsecvent, garantăm necondiționat și

irevocabil autorității contractante susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului (...)", fără însă a menționa în mod clar și concret modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament și fără a anexa documente emise de acesta în vederea dovedirii propriului angajament de susținere.

În anexa angajamentului se regăsește doar o listă cu 3 contracte derulate anterior de către, în valoare totală de 3.952.859,09 lei, reprezentând cca. 39% din totalul de 10.000.000 lei al experienței similare solicitată prin anunțul de participare și cca. 35% din totalul experienței similare menționată în declarațiile DUAE.

Totodată, se reține că în continuarea angajamentului anterior menționat se regăsește acordul de subcontractare nr. 18/16.03.2022, prin care....., membru al asocierii SC SRL....., subcontractează către 5% activitatea de furnizare echipamente de joacă în cuantum de 5% din valoarea totală a ofertei.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, deși formal asocierea desemnată câștigătoare beneficiază din partea de **susținerea a 39% din totalul experienței similare** solicitate prin anunțul de participare, din conținutul acordului de subcontractare rezultă că în fapt **va efectua efectiv doar 5%** din totalul activităților oferite.

Astfel, din analiza documentelor mai sus reiterate rezultă că, în afară de modelul de angajament semnat de terțul susținător și de lista contractelor derulate anterior de către acesta, contestatorul nu a reușit să furnizeze autorității niciun document care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție respectiv modul concret de intervenție în implementarea a cca. 34% din contract.

După cum s-a reținut mai sus, autoritatea a cerut ca, odată cu DUAE, să se aducă atât angajamentul ferm al terțului susținător (formularul nr. 2), cât și documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament și care au lipsit în cazul ofertei depuse pentru o proporție semnificativă din experiența similară care face obiectul susținerii.

Prin urmare, Consiliul reține că, prin documentele transmise autorității contractante, contestatorul nu a demonstrat că terțul susținător va desfășura efectiv toate activitățile pentru care acordă susținere ci doar o mică parte din acestea (5% în loc de cca. 39%), astfel încât simpla enumerare în DUAE a detaliilor aferente unor contracte executate anterior a avut ca rezultat doar îndeplinirea pur formală a cerinței de calificare privind experiența similară impusă de autoritatea contractantă.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 Cod proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatorul nu a reușit să probeze că angajamentul terțului include modul efectiv prin care acesta va asigura execuția prestațiilor în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere deoarece subcontractarea unei părți de 5% din valoarea ofertată sau expresia „ne obligăm ferm, necondiționat și irevocabil să ducem la îndeplinire integrală, reglementară și la termen obligațiile asumate de asocierea SC SRL..... prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă, pentru partea asumată prin prezentul angajament” nu poate fi considerată „modul efectiv” în care terțul asigură îndeplinirea angajamentului de susținere astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin documentația de atribuire ci doar o argumentație generică.

De asemenea, nu sunt lipsite de relevanță argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin OUG nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin. (2) fiind justificată prin faptul că: *„Se asigură transpunerea fidelă a art. 63, paragraful (1) din Directiva 24/2014/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență (Art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016). Abrogarea dispozițiilor art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora în cazul în care susținerea viza resurse netransferabile, angajamentul asigura autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că prevederea nu se regăsește în textul directivei și devine inutilă în contextul modificării art. 182 alin. (2), respectiv asigurarea transunerii fidele a art. 63, paragraful (1) din Directiva 2014/24/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență”.*

În soluționare, Consiliul reține că prevederile art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din **Directiva 2014/24/UE** a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a **Directivei 2004/18/CE**, prevăd următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În

ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități **atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.** (...)”.

În aceste condiții, rezultă că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează „experiența profesională relevantă” (având în vedere argumentele expuse anterior – „experiența similară”) trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul constată că experiența similară privind execuția de furnizări de tipul solicitat prin anunțul de participare, reprezintă „experiența profesională relevantă” la care se face referire în art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice ar fi trebuit să execute efectiv prestațiile în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere, și nu să fie o susținere pur declarativă.

În cauza **C-324/14**, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z o.o., **CJUE** s-a pronunțat astfel:

„33 Potrivit unei jurisprudențe constante, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

34 O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de asemenea Directiva 2004/18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

35 Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul

consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă generală de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat.

(...)

37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, **ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

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

(...)

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

42 În speță, instanța de trimitere exprimă îndoieli cu privire la aspectul dacă capacitățile PUM pot fi transmise în mod valabil către Partener, în sensul că pot determina punerea la dispoziție a mijloacelor necesare pentru executarea contractului în discuție în litigiul principal, conform dispozițiilor articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, ținând seama de împrejurarea că o astfel de punere la dispoziție s-ar concretiza prin simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, în lipsa oricărei participări directe a PUM la executarea acestui contract.

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

- recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și**

- nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, **astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea aceluși contract”.**

Din analiza acestor considerente ale Hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în C-324/14, se poate reține că ideile principale din cauza judecată, referitor la rolul terțului în ofertă, sunt următoarele:

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

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

precum și faptul că

- terțul, prin susținerea experienței similare, **se obligă să execute părțile din contract pentru care a acordat susținerea.**

Prin urmare, Consiliul 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 respectiv modul în care va executa partea din contract pentru care a acordat susținerea (cca. 39% din experiența similară solicitată) și care, din punct de vedere matematic, este mai mare decât întreaga contribuție a asociatului..... la contract (34% conform acordului de asociere aflat la pag. 283-285 din vol. 2 al dosarului cauzei); ori, ... subcontractat de la..... doar 5% din valoarea oferită, restul susținerii rămânând la nivel de angajament de susținere, respectiv la nivel de hârtii, terțul având în speța dedusă soluționării numai atribuții declarative.

Mai mult decât atât, din conținutul angajamentului de susținere prezentat în cadrul ofertei, rezultă că terțul susținător garantează autorității contractante **susținerea condiționată:** „în situația în care contractantul (...) întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul

derulării acordului-cadru/contractului subsecvent”, prevedere abrogată de OUG nr. 107/2017 [fostul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016]

Astfel, având în vedere că experiența similară nu poate fi o resursă transmisibilă, întrucât demonstrează că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel care urmează a se încheia, contestatorul trebuia să probeze că terțul va desfășura în mod efectiv activitățile sau serviciile în legătură pentru care a fost acordată susținerea, potrivit art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ceea ce nu este cazul în prezenta procedură, deoarece contestatorul nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă ci trebuie să dovedească că terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părțile din contract pentru care a acordat susținerea, acest raționament regăsindu-se și în considerațiile Curții de Apel exprimate în cadrul Deciziei nr. 353/17.03.2020, referitoare la rolul și atribuțiile terțului susținător în cadrul unei proceduri de achiziție publică.

Față de considerentele mai sus menționate, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind caracterul formal al susținerii acordată de asocierii SC SRL deoarece aceasta din urmă nu a reușit să probeze modalitatea efectivă prin care terțul va realiza activitățile/serviciile pentru care a acordat susținerea.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei sale și a ofertei asocierii SC SRL....., Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul de neconformitate al ambelor oferte, rezultatul fiind același.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL..... cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare. În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată partea din contestația SC SRL cu privire la propria sa ofertă.

Având în vedere admiterea în parte a contestației formulată de SC SRL, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SRL, în cuantum de 3.500 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, acordate proporțional cu partea din contestație care a fost admisă.

Cheltuielile solicitate sunt în cuantum de 8.092 lei, detaliate în nota de cheltuieli nr. 1647/09.09.2022 și dovedite cu factura fiscală seria A

nr. 7403/03.08.2022, emisă de, achitate prin transfer bancar, conform extrasului de cont transmis la dosarul cauzei în anexa corespondenței înregistrată la CNSC sub nr. 45030/09.09.2022.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondată partea din contestația SC SRL cu privire la propria sa ofertă.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator, în cuantum de 3.500 lei.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 52 (cincizecișidouă) pagini