



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: 05.12.2014

Prin contestația nr. ... transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. ... și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30149/10.11.2014, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J07/555/1992, având CUI RO ... în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A., a contestat rezultatul procedurii de atribuire nr. 39865/29.10.2014, emis în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă” a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de apă și canalizare, inclusiv stația de tratare apă potabilă în localitatea Hârlău”, coduri CPV 45231300-8, 45232152-7, 71322000-1 (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă S.C. ... S.A. ... cu sediul în municipiul ... str. ... județul ... reprezentată convențional prin ... cu sediul ales în ... și a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 39865/29.10.2014, anularea Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea ofertei sale cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și a prevederilor documentației de atribuire, obligarea autorității contractante la emiterea unei comunicări privind rezultatul procedurii în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în vigoare în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire, precum și cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ... județul ... în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă S.C. ... S.A. ... cu sediul în municipiul ... str. ... județul ... reprezentată convențional prin ... cu sediul ales în ...

Anulează Raportul procedurii de atribuire nr. 39662/28.10.2014 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocieria S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A. și să stabilească rezultatul procedurii, cu respectarea celor reținute în motivare.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația nr. ... transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. ... și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30149/10.11.2014, formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă S.C. ... S.A. ... reprezentată convențional prin ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 39865/29.10.2014, emis în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă” a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de apă și canalizare, inclusiv stația de tratare apă potabilă în localitatea Hârlău”, coduri CPV 45231300-8, 45232152-7, 71322000-1 (Rev.2), s-a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 39865/29.10.2014, anularea Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea ofertei sale cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și a prevederilor documentației de atribuire, obligarea autorității contractante la emiterea unei comunicări privind rezultatul procedurii în conformitate cu dispozițiile legale

aplicabile în vigoare în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire, precum și cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea aduce la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă, întrucât „din documentele prezentate nu reiese că terțul susținător a prezentat, pentru demonstrarea experienței similare, contracte realizate în nume propriu și nu a reușit să demonstreze cu documente următoarele: a) modul în care va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate în Angajamentul de susținere și modul în care va prelua execuția obligațiilor din contract în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că experiența similară este, în fapt, a unui alt «susținător», respectiv a susținătorului ...SRL Italia, firmă din cadrul consorțiului, dar cu un alt CUI și altă personalitate juridică; b) posibilitatea de reprezentare a consorțiului în angajarea răspunderii membrilor acestuia pentru executarea unui contract de către altă entitate, într-o procedură în care Consorțiul ... Italia nu participă ca ofertant, ci are calitatea de terț susținător; c) modalitatea de dispunere și transfer a experienței similare de la firma ...SRL Italia către reprezentantul consorțiului, având în vedere că cel ce angajează răspunderea este ...EBG Italia; d) că dispune de resursele ...SRL Italia necesare pentru realizarea contractului, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea acestuia”.

Față de cele susținute de autoritatea contractantă, contestatoarea solicită respingerea acestei motivații, având în vedere că din documentele prezentate nu reiese că terțul susținător a prezentat, pentru demonstrarea experienței similare, contracte realizate în nume propriu și nu a reușit să demonstreze cu documente aceste aspecte.

Astfel, contestatoarea arată că, pentru îndeplinirea cerinței privind aspectul de mai sus, a prezentat Formularul 8 A - Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.A., Formularul 8 B - Declarație terț susținător experiența similară, Formularul nr. 4 - Declarație privind situația personală a operatorului economic (terț susținător) și Formularul nr. 6 - Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, toate aceste formulare fiind însoțite de documente.

Contestatoarea menționează că atât din solicitările de clarificări, cât și din comunicarea rezultatului procedurii, rezultă că autoritatea contractantă nu a înțeles noțiunea de Consorțiu, de membru consorțiat și regimul juridic al acestora, reglementate de

legislația țării de rezidență, dând o interpretare proprie atât a propriilor cerințe cât și a legislației, exemplificând sintagma „să demonstrați cu acte că ...Ebg are acces nelimitat la toate resursele tehnice și profesionale ale ...SRL /.../”, respectiv sintagma „nu poate fi presupus de plano că, consorțiul dispune de resursele ...SRL /.../”.

În acest sens, contestatoarea subliniază că, potrivit legislației italiene și documentelor prezentate, consorțiul deține acces nelimitat la toate resursele tehnice și profesionale ale membrilor consorțiați, respectiv ...SRL a pus la dispoziția consorțiului resursele sale, solicitate prin fișa de date a achiziției, însă deținerea de către un consorțiu a tuturor resurselor deținute la rândul lor de către societățile consorțiate nu reprezintă o presupunere, ci o interpretare ad litteram a legislației italiene, din care rezultă că după aderarea de către o societate la un consorțiu, acesta din urmă preia/beneficiază de resursele acesteia și le poate utiliza, iar membrul consorțiat își pierde dreptul de a mai participa individual la proceduri de atribuire sau orice altă activitate similară, adică susținătorul trebuia să facă exclusiv dovada deținerii experienței similare solicitate.

În cele ce urmează, contestatoarea dezvoltă fiecare motiv de respingere a ofertei sale.

Cu privire la primul motiv „modul în care va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate în Angajamentul de susținere și modul în care va prelua execuția obligațiilor din contract în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că experiența similară este, în fapt, a unui alt «susținător», respectiv a susținătorului ...SRL Italia, firmă din cadrul consorțiului, dar cu un alt CUI și altă personalitate juridică”, contestatoarea invocă dispozițiile art. 34, paragraful 1 lit. c) din Decretul Legislativ nr. 163/2006, coroborate cu dispozițiile art. 2615 Cod Civil Italian și arată că terțul susținător ...Ebg este un operator economic italian, constituit în baza legii Merloni (Legea nr. 109/1994), a Decretului Legislativ nr. 163/2006, cât și a Regulamentului privind criteriile de calificare ale firmelor de construcții la licitațiile publice (atestat SOA) DPR nr. 34/2000, subliniind că legea specifică faptul că un consorțiu stabil astfel constituit deține calitatea de semnatar unic în procedurile de licitații, membrii consorțiați neavând dreptul de a participa individual la asemenea proceduri, ci doar prin intermediul consorțiilor stabile din care fac parte.

De asemenea, se mai invocă și dispozițiile art. 12 din Legea nr. 109/1994, jurisprudența din Italia, respectiv „AVCP, Decizie nr. 11/09.06.2004, Opinie prealabilă nr. 79/10.10.2007”, dispozițiile

art. 4 din Actul Constitutiv (Statut), precum și cele ale art. 2580 din Noul Cod Civil Român, situație care se circumscrie cerinței nr. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției.

Față de cele arătate, contestatoarea apreciază că, în temeiul legislației aplicabile, precum și în temeiul actelor sale constitutive ...EBG poate participa la licitații publice utilizând experiența membrilor săi (...SRL), însă participă ca și persoană juridică distinctă, în nume propriu și în mod independent de membrii săi; ...EBG este autorizat în mod expres de ...SRL să participe la proceduri de achiziții publice, prin folosirea experienței sale, în orice calitate, respectiv participare directă sau terț susținător și chiar dacă nu ar exista această autorizare expresă, ...EBG are posibilitatea de a participa ca terț susținător la orice proceduri de achiziții publice, în temeiul legislației aplicabile, precum și în temeiul actelor sale constitutive; Modalitatea de dispunere și transfer a experienței similare de la societățile membre precum ...SRL la ...EBG are loc în temeiul legislației aplicabile și în temeiul actelor constitutive, la momentul adeziunii fiecăreia dintre societățile membre în consorțiu.

Pentru a sublinia cele mai sus expuse, contestatoarea citează din cuprinsul Angajamentului Ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A., respectiv „Noi, ...Ebg, declarăm /.../ îndeplinirea anumitor obligații care decurg din susținerea tehnică și profesională acordată ofertantului /.../”.

Contestatoarea susține că nicăieri, în cuprinsul fișei de date a achiziției, nu s-a solicitat detalierea, pentru terțul susținător, a modului în care va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale. Experiența similară nu este a unui alt „susținător” așa cum pretinde autoritatea contractantă, ci este pusă la dispoziție de ...Ebg Italia, care are în componență mai multe societăți (printre care și Impregen) care și-au pus în comun resursele.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei, respectiv „posibilitatea de reprezentare a consorțiului în angajarea răspunderii membrilor acestuia pentru executarea unui contract de către altă entitate, într-o procedură în care Consorțiul ... Italia nu participă ca ofertant, ci are calitatea de terț susținător”, contestatoarea învederează că în procedura de față ...EBG este participant la procedură, în nume propriu și nu unul din membrii acestuia - SC ...SRL, făcând trimitere astfel la primul paragraf din art. 97 al Decretului președintelui Republicii nr. 554/1999.

Referitor la motivul de respingere privind „modalitatea de dispunere și transfer a experienței similare de la firma ...SRL Italia

către reprezentantul consorțiului, având în vedere că cel ce angajează răspunderea este ...EBG Italia”, contestatoarea invocă art. 48 alin. (3) din Directiva 2004/18/CE, care sunt preluate și la art. 190 din OUG nr. 34/2006 și art. 11¹ din HG nr. 925/2006.

Astfel, contestatoarea solicită Consiliului să se rețină următoarele:

- chiar dacă consorțiul folosește experiența relevantă a unuia din membrii săi - ...SRL și are posibilitatea să o facă potrivit legislației italiene și codului civil italian, este necesar a se raporta la situația personală a consorțiului, anume ...EBG, persoană juridică de drept, distinct de membrii consortului, din moment ce consorțiul este terțul susținător și nu unul din membrii săi, ...SRL;

- din moment ce ...EBG participă în mod independent la această procedură în calitate de susținător pe baza experienței relevante a unuia din membrii săi - SC ...SRL, fiind unic semnatar al documentelor privind această procedură, este irelevantă și excede documentației de atribuire prezentarea unor documente din care să reiasă că ...EBG dispune de resursele Impregen;

- relevante în acest sens sunt exclusiv documentele emise de ...EBG și care dovedesc angajamentul acesteia în ceea ce privește susținerea tehnică și profesională a societății contestatoare.

În ceea ce privește al patrulea motiv de respingere „că dispune de resursele ...SRL Italia necesare pentru realizarea contractului, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea acestuia”, contestatoarea face trimitere la cerințele fișei de date a achiziției, pct. III.2.3.a) și susține că este îndeplinită cerința prin prezentarea unui angajament ferm, Formularul 8 A, prin care se garantează faptul că terțul susținător, ...EBG se obligă să asigure îndeplinirea contractului în cazul în care asocierea ... - ... întâmpină dificultăți în realizarea contractului. Astfel, contestatoarea face precizarea că din momentul în care ...SRL a devenit o societate consorțiată prin aderarea la ...Ebg, nu mai dispune de resurse proprii care să fie utilizate de aceasta în mod independent, ci toate aceste resurse au fost puse la dispoziția consorțiului pentru a fi utilizate în comun, creându-se o nouă entitate juridică autonomă care poate participa la proceduri de atribuire sub formă independentă utilizând resursele societăților care fac parte din consorțiu, dar acționând pe cont propriu.

Invocând Decretul legislativ nr. 163 din 12.04.2006, Codul contractelor publice referitoare la lucrări, servicii și furnizări în aplicarea Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE, contestatoarea apreciază că nu există cazul a două susțineri, așa cum se rezultă din interpretarea Curții Europene de Justiție în cazul C-176/98 Holst Italia SPA, invocate de autoritatea contractantă în solicitările de

clarificări și în comunicarea rezultatului procedurii, ci este vorba despre o susținere dată de un singur terț susținător care are în componență mai multe societăți (printre care și Impregen) care și-au pus în comun resursele în vederea participării la licitații, inclusiv prin acordarea de susțineri.

Față de cele mai sus precizate, contestatoarea consideră util a fi lămurite și următoarele aspecte:

- Calitatea de terț susținător este deținută de ...Ebg;
- SC ...SRL are calitate de membru al consorțiului care și-a suspendat activitatea ca persoană juridică independentă pe durata existenței consorțiului, și care nu poate participa în nume propriu la o procedură de atribuire, nici pe teritoriul italian și nici pe teritoriul altor state, având în vedere că acest consorțiu este unul stabil cu activitate externă;
- Consorțiul stabil ca formă de organizare nu are corespondent în legislația românească, el neputând fi calificat ca un simplu grup de operatori sau o asocieră în participațiune; spre deosebire de asocierea în participațiune, care nu are personalitate juridică și nu este o persoană impozabilă distinctă, Consorțiul are personalitate juridică, organe de conducere proprii, contabilitate și bilanț propriu, fiind o entitate juridică impozabilă direct;
- Noțiunea de asociere în participațiune există și în legislația italiană, fiind reglementată distinct de instituția juridică a Consorțiului, diferența constând tocmai în lipsa personalității juridice în cazul Asocierii în participațiune;
- În conformitate cu dispozițiile art. 47 din Directiva 2004/25/2014 UE accesul pe piață a achizițiilor publice trebuie să fie deschisă de facto și de jure tuturor operatorilor economici indiferent de naționalitate, iar simplul fapt că în România nu este legiferat ca formă de organizare consorțiul, nu poate constitui motiv de excludere din procedură.

De asemenea, contestatoarea solicită și accesul la dosarul achiziției publice.

Pentru dovedirea susținerilor sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației, Consiliul, prin adresa nr. 17176/... .. i-a solicitat contestatoarei S.C. ... S.R.L. să comunice, în termen de cel mult 3 (trei) zile de la primirea prezentei, motivarea completă a contestației și eventualele mijloace de probă noi pe care se sprijină contestația, având în vedere exprimarea în sensul unei viitoare precizări; alte înscrisuri și informații pe care le apreciază necesare pentru soluționarea contestației. Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul achiziției publice, urmând a-și preciza contestația în raport de informațiile din

respectivul dosar, Consiliul a încunostințat-o că ordonanța prevede calea de atac a contestației pentru motive de nelegalitate și netemeinicie care derivă din actul atacat și sunt cunoscute persoanei vătămate la momentul formulării ei, iar nu pentru motive necunoscute. Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță, contestația trebuie să cuprindă motivarea atât în fapt cât și în drept, singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 270 alin. (2) – când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația în termen de trei zile. Ulterior primirii copiei dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, va fi informată asupra termenului la care poate consulta documentele din respectivul dosar, precum și depune eventualele concluzii scrise reieșite din consultarea dosarului, concluzii care nu pot avea ca obiect completarea contestației cu alte motive sau capete de cerere.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. a răspuns prin adresa nr. 5120/12.11.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 30346/13.11.2014, arătând că sintagma „singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 270 alin. 2 /.../” se referă exclusiv la eventualitatea neîndeplinirii de către contestator a vreuneia dintre condițiile de formă expres prevăzute și limitativ enumerate la art. 270 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea arată că echivalentul textului prevăzut la art. 270 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în dreptul comun, îl constituie art. 200 Noul Cod proc. civ., fiind evident că aceste condiții de formă au fost îndeplinite în cuprinsul contestației inițiale, aceasta neputând fi respinsă în temeiul art. 270 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, se mai arată că temeiul cererii sale de completare ulterioară a contestației, după studierea dosarului de achiziție publică, este dat de dispozițiile art. 204 din Noul Cod de proc. civ.

Prin adresa nr. 7837/14.11.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 30433/14.11.2014, autoritatea contractantă S.C. ... S.A. ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice, precum și de oferta contestatoarei și cea a societății declarată câștigătoare.

Autoritatea contractantă arată că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, pe considerente ce țin de faptul că una din cerințele stabilite în Fisa de date a achiziției, anume cea referitoare la experiența similară, nu a fost întrunită și nici nu a fost explicată în mod concludent, ca urmare a solicitărilor de clarificări ce i-au fost transmise, în sensul că ofertantul a înțeles

să apeleze la susținerea unui terț, denumit de legiuitor „terț susținător”, mai exact la experiența ...EBG, consorțiu care a invocat un contract încheiat de o altă societate, anume de ...SRL. În acest sens s-au solicitat trei clarificări și niciunul dintre răspunsurile transmise nu au fost de natură a clarifica oferta sa, contractul adus în dovedirea experienței similare fiind executat de una din firmele declarate ca fiind membră a terțului susținător.

Autoritatea contractantă apreciază că faptul că societatea de a cărei experiență s-a prevalat la rândul său terțul susținător este declarată ca fiind membră a societății constituite de terțul susținător, nu reprezintă un argument juridic pentru ca terțul să se poată prevala de experiența societății declarată ca fiind membră întrucât, fiind vorba de societăți distincte și de asumarea acordării unui sprijin necondiționat de către terțul susținător în situația în care ofertantul va întâmpina dificultăți în executarea contractului, trebuia dovedit:

- cu documente, că terțul susținător poate pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate și poate prelua execuția obligațiilor din contract, fiindcă nu invocă propria sa experiență, ci experiența unei alte persoane, simpla constatare a calității de membru al unui consorțiu neatrăgând de plano dovada cerinței în discuție de către un consorțiu;

- cu documente, posibilitatea de reprezentare a consorțiului în angajarea răspunderii membrilor acestuia pentru executarea unui contract de către altă entitate, într-o procedură în care consorțiul, terțul susținător, nu participă;

- cu documente, modalitatea de dispunere și transfer a experienței similare de la firma ...la terțul susținător, fiindcă cel din urma își angajează răspunderea.

Autoritatea contractantă susține că legea statului italian este inopozabilă, întrucât:

- pe de o parte, D-L nr. 163/2006, despre care este vorba, reprezintă cadrul național italian care reglementează materia achizițiilor publice, respectiv cadrul de transpunere a Directivelor 2004/17/18/CE în Italia, așa încât se opune un act al unui alt stat prin care s-au transpus aceleași directive care au fost transpuse în plan național prin OUG nr. 34/2006 și care nu reglementează posibilitatea constituirii de consorții în modul recunoscut de legiuitorul italian, fiind, din acest punct de vedere, în contradicție cu norma comunitară transpusă;

- pe de altă parte, fiind într-un domeniu ce ține de dreptul administrativ, este exclusă aplicabilitatea legii străine, mai cu seama când nu concordă cu cadrul legal național.

Astfel, autoritatea contractantă susține că a acordat prioritate Directivelor 2004/17/18/CE, directive care nu prevăd posibilitatea constituirii de consorții în maniera în care s-a constituit terțul susținător și cu atât mai puțin posibilitatea susținerii unui terț de către un alt terț. Prin urmare s-a apreciat, pornind de la dispozițiile OUG nr. 30/2006, că opinia UCVAP este mai fundamentată, pentru toate considerentele de mai sus, pentru că cele două directive nu prevăd o asemenea posibilitate și pentru că, oricum, nici D-L 163/2006 din Italia nu reglementează posibilitatea participării consorțiului în cadrul procedurilor altfel decât ca ofertant. Cu alte cuvinte, D-L 163/2006 din Italia nu reglementează dreptul consorțiilor de a participa ca terți la procedurile de atribuire, ci exclusiv ca ofertanți.

Autoritatea contractantă apreciază că legislația statului italian nu are cum să fie aplicabilă în România prin propria ei forță, fiindcă nicio normă juridică română nu trimite la ea, nici OUG nr. 34/2006, nici altă normă. Se mai arată că în condițiile în care norma română (OUG nr. 34/2006) nu face trimitere la sistemul de drept străin, Consiliul nu poate face aplicarea legii străine, adică a D-L 163/2006 deoarece, în această situație, sunt nesocotite în mod flagrant normele române. De vreme ce este interzisă aplicarea legii străine invocate de contestatoare, drept consecință nici cerința stabilită în fișa de date a achiziției nu poate fi apreciată ca fiind îndeplinită, tocmai fiindcă în dovedirea acesteia contestatoarea se prevalează de norma juridică italiană și nicidecum de norma juridică națională.

Autoritatea contractantă arată că analiza vizează aspectul legat de modul cum este îndeplinită cerința din fișa de date a achiziției de către ofertant, în condițiile în care a apelat la susținerea unui terț, care la rândul său și-a dovedit experiența prin invocarea experienței unui terț distinct, străin procedurii, și care nu s-a angajat și nu a dat vreo declarație în favoarea ofertantului. În condițiile în care legiuitorul național exclude aplicarea legii străine atunci când există o normă de drept public, care la rândul său nu prevede posibilitatea aplicării normei străine obligația contestatoarei era aceea de a dovedi cerința cu documente și în sensul solicitat prin clarificări, ceea ce nu a făcut, ci se rezumă a concluziona „că în temeiul legislației aplicabile (...) Consorzio (...) poate participa la licitații publice utilizând experiența membrilor săi (...), însă participă ca și persoană juridică distinctă, în nume propriu și în mod independent de membrii săi (...)”.

Totodată, autoritatea contractantă are îndoieli în privința statutului terțului susținător, și anume în privința autodeclarării calității de „consorțiu stabil” (din niciun act depus nereieșind această calitate) și în privința calității de membru al consorțiului al

Impregen, mai cu seamă că atestarea acestei calități s-a realizat prin acte care emană chiar de la consorțiu, care nu poartă dată certă (dobândită prin înregistrarea la o autoritate publică care să-i confere autenticitate sau într-un registru al asociațiilor), însă chintesența problemei nu sunt aceste aspecte pretins necontestate, ci aspectul care a stat la baza declarării ofertei sale ca inadmisibilă și neconformă. Astfel, câtă vreme s-a insistat în clarificări, se poate susține orice, mai puțin că oferta contestatoarei nu a fost temeinic evaluată, prin raportare la lege.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației precum și obligarea acesteia la plata cheltuielilor efectuate în fața Consiliului.

Având în vedere cererea contestatoarei privind studierea dosarului achiziției publice, Consiliul, prin adresa nr. 17518/... .. a invitat-o în acest sens la data de 20.11.2014, urmând ca în termen de o zi lucrătoare să transmită note scrise/concluzii.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. a comunicat prin adresa nr. 5264/21.11.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 30926/21.11.2014 „concluzii scrise” ca urmare a studierii dosarului prin care a solicitat admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată, precizată/amendată, în sensul anulării adresei reprezentând comunicarea rezultatului procedurii nr. 39865/29.10.2014. Ca o consecință a petiției anterior se solicită dispunerea reluării procedurii de la etapa de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii (sub aspectul admisibilității ofertei societății contestatoare precum și a conformității propunerii tehnice și financiare), cu respectarea întocmai a prevederilor cuprinse în documentația de atribuire și a normelor legale incidente în materia achizițiilor publice, cu includerea, urmare a reevaluării contestatoarei, în cadrul ofertelor admisibile.

Contestatoarea consideră că preluarea conținutului adresei UCVAP nr. 611/149.408/06.10.2014 de către autoritatea contractantă, ca unic motiv de respingere ca inadmisibilă și neconformă a ofertei sale este nelegală și s-a făcut cu încălcarea principiului asumării răspunderii.

De asemenea, contestatoarea apreciază că nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale rezultă și din cadrul prevederilor HG nr. 921/2011, act normativ ce stabilește că autoritatea cu atribuții de verificare a aspectelor procedurale aferente procedurilor de atribuire este CVAP/UCVAP, care are dreptul de a emite o recomandare cu privire la aspectele procedurale legate de aceasta, recomandare care însă nu are caracter obligatoriu pentru autoritatea contractantă, aceasta având dreptul de a decide pertinența, justețea și legalitatea celor

menționate în cuprinsul recomandării, prin a da curs acesteia sau de a continua procedura, prin încheierea raportului procedurii cu argumentarea tuturor motivelor pentru care susținerile UCVAP nu sunt conforme cu realitatea faptică și juridică, invocând astfel prevederile art. 47-49 din acest act normativ.

Contestatoarea face trimitere și la faptul că la primul Raport al procedurii reprezentanții CVAP nu au avut nicio obiecție referitoare la oferta sa.

Contestatoarea observă că susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere transmis către CNSC, sunt diametral opuse față de cele reținute de mai multe ori, în mai multe documente emise de aceeași comisie, fapt ce denotă o obediență absurdă față de UCVAP/CVAP și o frică de răspundere pe măsură, iar prin aceeași adresă nr. 611/06.10.2014 CVAP consideră oportună obținerea unui punct de vedere din partea unui expert juridic, care are expertiză în domeniu și poate emite un punct de vedere concludent, însă observatorii CVAP recunosc de fapt că părerea lor nu este concludentă, nefiind experți în domeniu.

În ceea ce privește consorțiul, contestatoarea susține că acesta nu poate fi asimilat nici cu o asocieră în participațiune și nici cu asocierile de firme, din următoarele considerente:

- din punct de vedere patrimonial și fiscal, Consorțiu este o entitate distinctă de cea a membrilor săi, având un patrimoniu propriu, Cod Fiscal, Cod de TVA propriu, așa cum rezultă din Certificatul eliberat de Camera de Comerț, Agricultură și Artizanat din Treviso, Italia nr. NOV/5885/2014/CTE0037 din data de 29.08.2014;

- înscrierea Consorțiului la Camera de Comerț Treviso demonstrează că are o organizare proprie și o personalitate distinctă de cea a asociațiilor consortili, are un statut de funcționare și o structură independentă, este înregistrat în Registrul Comercianților la categoria întreprinderi, are cod fiscal și cod de TVA proprii, independente de cele ale asociațiilor.

De asemenea, contestatoarea precizează că și în cazul în care consorțiul folosește experiența relevantă a unuia dintre membrii săi, ...SRL și are posibilitatea să o facă potrivit legislației italiene, este necesar să se raporteze la situația personală a ...EBG, persoană juridică distinctă de membrii consorțiului, din moment ce acesta, în calitate de consorțiu, ca persoană juridică distinctă este terțul susținător și nu la situația unuia din membrii săi, respectiv ...SRL.

Contestatoarea invocă punctul de vedere al Curții Europene de Justiție exprimat prin Hot. Curții din 18 nov.2010 în cauza C-458/08 care citează Hotărârea din 3 octombrie 2000 Corsten C-58/98, în

sensul că și în lipsa măsurilor de armonizare, o restricție privind art. 49 ce nu poate fi justificată decât de reglementări care se întemeiază pe motive imperative de interes general și care se aplică oricărei persoane sau întreprinderi ce desfășoară o activitate pe teritoriul statului membru gazdă, dacă acest interes nu este ocrotit de normele aplicabile prestatorului în statul membru de stabilire și dacă aceste reglementări sunt adecvate pentru a garanta realizarea unui obiectiv pe care îl urmărește și nu depășesc ceea ce este necesar pentru atingerea acestuia. Ori, este evident că în speța în discuție este îngădit dreptul de liberă prestare a serviciilor, în mod arbitrar doar de către autoritatea contractantă, deoarece există nenumărate contracte de achiziții publice atribuite unor consorții stabile, în calitate de ofertanți, sau unor operatori economici români cu terț susținător consorțiu stabil.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 31155/26.11.2014, autoritatea contractantă S.C. ... S.A. ... a comunicat punctul de vedere referitor la Concluziile scrise depuse ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, prin care a solicitat respingerea ca tardive a precizărilor formulate de contestatoare, respectiv cele care nu au fost formulate în contestația inițială.

Autoritatea contractantă arată că cerința nu este îndeplinită de persoana juridică ...EBG, terțul susținător al contestatoarei, ci de altă persoană juridică, numită Impregen, adăugând faptul că se află în prezența unei legi a statului italian prin care Directivele 2004/17/18/CE au fost transpuse în planul național al statului italian, care n-are a face cu normele generale de constituire a unei societăți comerciale tipice, pe dreptul comun. Astfel, fiind în prezența dreptului public, normele de drept privat, fie ele naționale sau nu, nu sunt aplicabile, mai cu seamă că în plan național, legea similară legii achizițiilor publice din Italia nu reglementează tipul de „asociere” opus de contestatoare.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că autoarea contestației nu putea furniza un răspuns argumentat juridic de vreme ce legile în discuție, care aparțin vădit dreptului administrativ, nu pot fi „transbordate” în domeniul privat, în maniera propusă de contestatoare, spre a dovedi îndeplinirea cerinței, chestiunea juridică ținând de aplicarea legii în spațiu, iar nu de conflictul între legi, tocmai fiindcă nu este îndeplinită cerința conflictului între legi, anume aceea a posibilității opunerii legii italiene în spațiul național în contra legii naționale de drept administrativ.

De altfel, autoritatea contractantă subliniază că autoarea contestației nu s-a pronunțat nici asupra lipsei de reglementare la nivel comunitar a situației reglementate în spațiul italian și nici cu

privire la norma fundamentală națională care prioritizează norma comunitară care nu reglementează situația opusă de contestatoare, art. 48 alin. (3) din Directivă reglementând situația asocierilor în sensul transpus și în plan național, iar nu a aceluia transpus în plan italian.

Având în vedere faptul că s-a opus o „asociere” atipică, aducându-se o a treia persoană, terț la rândul său în procedură și străină față de asociatul ..., autoritatea contractantă menționează că era „imperios necesar a fi făcută” dovada cu documente referitoare la faptul că:

- terțul susținător poate pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate și poate prelua execuția obligațiilor din contract;

- a posibilității de reprezentare a consorțiului în angajarea răspunderii membrilor acestuia pentru executarea unui contract de către altă entitate, într-o procedură în care consorțiul, terțul susținător nu participă;

- a modalității de dispunere și transfer a experienței similare de la firma ...la terțul susținător, fiindcă cel din urmă își angajează răspunderea, autoritatea contractantă consideră că era imperios necesar a fi făcută, potrivit OUG nr. 34/2006, cu cât noțiunea de consorțiu nu există în planul național, fapt care nu s-a întâmplat.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază și faptul că în certificatul eliberat de Camera de Comerț Treviso, ...nu este prevăzut ca membru al asociatului contestatoarei, fapt care impunea necesitatea dovedirii cerinței în sensul precizat mai sus, pe lângă faptul că documentele pe care a înțeles să le depună ce țin de legislația statului național italian nu au fost traduse și nici legalizate.

În ceea ce privește aserțiunile contestatoarei, autoritatea contractantă remarcă, în primul rând, incertitudinea acesteia care, în același context, apreciază, pe de o parte că „comisia nu și-a asumat răspunderea” iar, pe de altă parte, că UCVAP/CVAP ... a impus soluția în procedură. Fiind categoric că cele două opinii se exclud, autoritatea contractantă apreciază că nu s-ar impune antamarea acestui subiect, însă legiutorul recunoaște un drept al autorității contractante dacă continuă sau nu procedura prin aprobarea Raportului cu observații.

De asemenea, autoritatea contractantă face precizarea că ceea ce ignoră contestatoarea este că, pentru aprobarea Raportului cu observații, legiutorul impune comisiei obligația de a-și argumenta juridic opoziția, ori dacă inițial comisia de evaluare a găsit un motiv contrar celui consemnat în anexa la Raport de către membrii UCVAP/CVAP ... ulterior aceeași comisie nu a putut identifica

argumente contrare celor expuse de membrii UCVAP/CVAP în condițiile în care argumentele acestora din urmă sunt în legătură cu principiile de drept și cu normele absolute și imperative.

Autoritatea contractantă mai susține că autoarea contestației face confuzii între asocierile constituite potrivit reglementării naționale și „asocierile” constituite potrivit legii statului italian și între normele de drept public și drept privat, mai cu seamă că îi era interzis a acționa în această manieră câtă vreme hotărârea referită de membrii UCVAP/CVAP continuă să-și găsească aplicabilitatea chiar și în situația abrogării Directivei 92/50/CE câtă vreme situația avută în vedere a fost reglementată și prin Directivele 2004/17/18/CE.

În final, autoritatea contractantă concluzionează că în condițiile în care contestatoarea se prevalează de numeroase prevederi legale reglementate la nivelul spațiului italian pentru a dovedi îndeplinirea cerinței de calificare, este axiomatic că verificarea îndeplinirii cerinței se face prin raportare la dispozițiile legale naționale care reglementează modalitatea de aplicare în spațiu a legilor, nemaivorbind că parte din normele opuse sunt specifice dreptului privat.

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

SC ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Extinderea rețelelor de apă și canalizare, inclusiv stația de tratare apă potabilă în localitatea Hârlău”, coduri CPV 45231300-8, 45232152-2, 45252126-7 și 71322000-1. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse un număr de 7 oferte, între care și cea a contestatoarei, așa cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13758/28.04.2014.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că, la data de 06.08.2014, Comisia de evaluare a întocmit un raport al procedurii de atribuire prin care fusese desemnat ca ofertant câștigător asocierea SC ... SRL – SC ... SA (contestatoarea din prezenta cauză). Acest raport al procedurii, a fost aprobat de CVAP ... cu observațiile cuprinse în adresa 253807/13.08.2014. Ca urmare a acestor observații, SC ... SA a decis reevaluarea ofertelor și i-a solicitat clarificări asocierii SC ... SRL – SC ... SA. Pe baza răspunsurilor primite și a documentelor atașate, Comisia de

evaluare a întocmit la data de 17.09.2014 un nou raport al procedurii prin care a desemnat ca ofertant câștigător aceeași asocieră SC ... SRL – SC ... SA. Și acest raport al procedurii a fost semnat de CVAP ... cu observațiile cuprinse în adresa nr. 576/... care are un conținut identic cu observațiile cuprinse în adresa CVAP ... nr. 253807/13.08.2014.

Ca urmare a acestor observații și după purtarea unei corespondențe cu CVAP ... (adresa SC ... nr. 35041/ 30.09.2014 și adresa Ministerului Finanțelor Publice – Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice ... – Compartimentul de Verificare a Achizițiilor Publice ... nr. 611/... 06.10.2014), SC ... SA a decis reevaluarea ofertelor solicitându-i din nou clarificări asocierii SC ... SRL – SC ... SA. Pe baza răspunsului primit Comisia de evaluare a întocmit la data de 22.10.2014 un nou raport al procedurii, înregistrat sub nr. 39662/28.10.2014, prin care oferta depusă de asocieră SC ... SRL – SC ... SA a fost respinsă, fiind desemnat ca ofertant câștigător asocieră SC ... SRL & ... – ... SRL & SC ... SRL. Acest raport al procedurii de atribuire a fost semnat fără obiecțiuni de CVAP

Prin adresa nr. 39865/29.10.2014, autoritatea contractantă i-a comunicat asocierii SC ... SRL – SC ... SA rezultatul procedurii de atribuire aducându-i la cunoștință că:

- oferta acesteia a fost declarată inacceptabilă în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 și deci respinsă din următoarele considerente:

În vederea îndeplinirii cerinței de calificare din Fișa de date, cap. III.2.3.a Capacitatea tehnică și profesională - experiență similară, asocieră SC ... SRL – SC ... SA a prezentat contractul „Proiectare și execuție rețea alimentare apă în lungime de 49 km, precum și lucrări de realizare canalizare totală de 46 km în aglomerarea Bellaria-Igea Marina și Rimini - Proiectarea și execuția unei stații de tratare a apei cu capacitatea de 85 l/s inclusiv stație de pompare și rezervor de acumulare”, contract care nu a fost executat în nume propriu de către consorțiul stabil, ci a fost executat de firma ...SRL, o firmă membră a consorțiului. Ofertantul nu îndeplinește cerința din Fișa de Date cap. III.2.3.a Capacitatea tehnică și profesională - experiență similară lucrări și experiența similară proiectare, deoarece terțul susținător ...EBG nu a prezentat, pentru demonstrarea experienței similare, contracte realizate în nume propriu și nu a reușit să demonstreze cu documente următoarele:

- Consorțiul nu a demonstrat cu documente modul în care va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate în Angajamentul de susținere și modul în care va prelua execuția obligațiilor din contract în cazul în care ofertantul

întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că experiența similară este, în fapt, a unui alt «susținător», respectiv a susținătorului ...SRL Italia, firmă din cadrul consorțiului, dar cu un alt CUI și altă personalitate juridică;

- Consorțiul nu a demonstrat cu documente posibilitatea de reprezentare a consorțiului în angajarea răspunderii membrilor acestuia pentru executarea unui contract de către altă entitate, într-o procedura în care consorțiul, ...EBG Italia, nu participă ca ofertant, ci are calitate de terț susținător;

- Consorțiul nu a demonstrat cu documente modalitatea de dispunere și transfer a experienței similare de la firma ...SRL Italia către reprezentantul consorțiului, având în vedere că cel care angajează răspunderea este ...EBG Italia;

- Consorțiul nu a prezentat documente din care să reiasă că dispune de resursele ...SRL Italia, necesare pentru realizarea contractului, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea acestuia.

- Oferta asocierii SC ... SRL – SC ... SA a fost declarată neconformă în baza art. 79 alin. (1) din H.G. 925/2006 și prin urmare, respinsă, din următoarele considerente: „Explicațiile prezentate de dumneavoastră în răspunsul de clarificare nr. 4352/15.10.2014 (înregistrat la ... cu nr. 37890/15.10.2014) nu sunt concludente, deoarece nu ați prezentat documente/înscrieri suplimentare față de cele depuse anterior, pentru clarificarea aspectelor semnalate de către comisia de evaluare în solicitarea de clarificare nr. 37095/09.10.2014”.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, asocieria SC ... SRL – SC ... SA a sesizat Consiliul în cadrul termenului legal, cu contestația care formează obiectul prezentului dosar.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că pentru îndeplinirea cerințelor menționate în Fișa de date, la punctul III.2.3.a Capacitatea tehnică și profesională – Experiență similară lucrări și Experiență similară proiectare, și anume: *„Ofertantul va prezenta lista lucrărilor executate în ultimii 5 ani, din care să rezulte că a executat lucrări similare, la nivelul unui contract sau maxim 2 (două) contracte de lucrări duse la bun sfârșit având ca obiect realizarea a cel puțin 10 km de rețele de apă/canal (...)”* și *„Ofertantul va prezenta lista principalelor servicii de proiectare prestate în ultimii 3 ani, din care să rezulte că a prestat servicii similare de proiectare la nivelul unui contract sau maxim 2 (două) contracte, duse la bun sfârșit și care să fi avut ca obiect proiectarea a cel puțin unei stații de tratare a apei - nouă sau reabilitată - cu o capacitate de minim 30 l/s. (...) Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în*

conformitate cu art. 190 alin. (1), (2) și (3) din OUG nr. 34/2006 (...). În cazul în care candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată de către o altă persoană (conform art. 190 din OUG nr. 34/2006) atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm conform Formular nr. 8A al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate și va prelua execuția obligațiilor din contract. Persoana ce asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 180, art. 181 lit. a), c¹, și d) și art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, cu toate modificările și completările ulterioare, prezentând în acest sens Formularul nr. 8B, Formularul 4 și Formularul 6”, asociera SC ... SRL – SC ... SA a prezentat următoarele documente:

- Formularul nr. 8A – Angajament Ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului Asociera SC ... SRL – SC ... SA, semnat de ...EBG, prin care „s-a obligat în mod ferm, necondiționat și irevocabil” să pună „la dispoziția ofertantului Asociera SC ... SRL – SC ... SA resursele tehnice și/sau profesionale de lucrări similare, prin prezentarea contractului de lucrări «Proiectare și execuție rețea alimentare apă în lungime de 49 km, precum și lucrări de realizare canalizare totală de 46 km în aglomerarea Bellaria-Igea Marina și Rimini - Proiectarea și execuția unei stații de tratare a apei cu capacitatea de 85 l/s inclusiv stație de pompare și rezervor de acumulare”, necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică. De asemenea, în cuprinsul angajamentului ferm se mai menționează următoarele: „Noi, ...EBG, declarăm că înțelegem să răspundem, în mod necondiționat, față de autoritatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de ofertantul Asociera SC ... SRL – SC ... SA în baza contractului de achiziție publică, și pentru care ofertatul Asociera SC ... SRL – SC ... SA a primit susținere tehnică și profesională conform prezentului angajament, renunțând în acest sens, definitiv și irevocabil, la invocarea beneficiului de diviziune sau discuțiune”.

- Formularul nr. 4 Declarație privind situația personală a operatorului economic, semnată de ...EBG;

- Certificat General al cazierului Judiciar ...EBG (lb. italiană și traducere legalizată limba română);

- Formularul nr. 6 – Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, semnat de ...EBG;

- Formularul nr. 8 – Declarație privind Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, semnat de ...EBG;
- Formularul 8 bis - Declarație privind Lista principalelor servicii de proiectare prestate în ultimii 3 ani, semnat de ...EBG;
- Formularul 8B – Declarație terț susținător ...EBG experiență similară;
- Certificat eliberat de Camera de Comerț din Treviso privind înregistrarea în secțiunea ordinară a ...EBG (limba italiană și traducere legalizată limba română);
- Contractul de antrepriză înregistrat 05.04.2012 încheiat între ... (beneficiar) și ...S.r.L. (Antreprenor) având ca obiect „Proiectare și execuție rețea alimentare apă în lungime de 49 km, precum și lucrări de realizare canalizare în lungime totală de 46 km în localitățile Bellaria-Igea Marina și Rimini - Proiectarea și construcția unei stații de tratare a apei cu capacitatea de 85 l/s inclusiv stație de pompare și rezervor de acumulare” (lb. italiană 17 pagini și traducere legalizată în lb. română 3 pagini);
- Certificat de execuție lucrări emis de GRUPUL HERA la data de 23.05.2013 (lb. italiană și traducere legalizată în lb. română);
- Legalizare Tribunalul din Ferrara (nr. 342/09 CRON. 166) – lb. italiană și traducere legalizată în lb. română.
- Recomandare emisă de GRUPUL HERA la data de 06.02.2014 (lb. italiană și traducere legalizată în lb. română);
- Extras din data de 24 mai 2013 din Registrul Asociațiilor ...EBG din cuprinsul căruia rezultă că firma ...S.r.L. a contribuit la fondul Consorțiului cu suma de 500 euro (lb. italiană și traducere autorizată în lb. română);
- Declarație datată 03 martie 2014 emisă de reprezentantul legal șiEBG referitoare la statutul juridic al consorțiilor, la care s-a atașat Nota „Dispoziție legislativă din 10_2012”, nedată, emisă de Uniunea Consorțiilor Stabile Italiene (lb. italiană și traducere autorizată în lb. română).

Analizând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin adresa nr. 16145/14.05.2014 autoritatea contractantă i-a solicitat Asocierii SC ... SRL – SC ... SA să prezinte documente care susțin faptul că experiența similară aparținând ...SRL poate fi utilizată în numele ...EBG.

Asocierea în discuție a răspuns prin adresa nr. 2056/19.05.2014 precizând că a depus în documentația de calificare, la pag. 160-164, Declarația reprezentatului legal al ...EBG, datată 03.03.2014 precum și extrasul din dispoziția legislativă 10_2012. Au fost reproduse prevederile art. 36 din Decretul legislativ 163/2006 alin. (7) și a fost depusă o nouă adresă

a terțului susținător în sensul celor mai sus arătate, nedată dar cu referire expresă la solicitarea de clarificare nr. 16145/14.05.2014.

De asemenea, Consiliul mai reține că, după emiterea primei versiuni a raportului procedurii de atribuire din data de 06.08.2014, i-a fost transmisă asocierii SC ... SRL – SC ... SA, cererea de clarificări nr. 29665/20.08.2014 prin care i s-a solicitat lămurirea următoarelor aspecte:

1. prezentarea documentelor care atestă că susținătorul ...EBG este „consorțiu stabil”, întrucât din actul, emis de Camera de Comerț din Treviso, rezultă că terțul susținător, ...EBG este un consorțiu „cu activitate externă”, iar nu un „consorțiu stabil”. „În măsura în care consorțiul «cu activitate externă» este totuna cu «consorțiul stabil», solicităm să prezentați documente relevante în dovedire”;

2. prezentarea documentelor relevante care dovedesc faptul că ...Srl este membra consorțiului stabil ce poartă titulatura „...EBG” și că se subscrie actului emis de Camera de Comerț;

3. demonstrarea cu acte că consorțiul ce poartă titulatura „...EBG” are acces nelimitat la toate resursele tehnice și profesionale ale ...Srl, de a cărei experiență similară s-a folosit pentru a dovedi îndeplinirea cerințelor, fiindcă nu poate fi presupus de plano că, consorțiul dispune de resursele ...Srl doar pentru motivul că face parte din același grup.

Asocierea SC ... SRL – SC ... SA a răspuns prin adresa nr. 3674/01.09.2014, invocând prevederi ale legislației italiene, respectiv Legea Merloni (Legea nr. 109/1994), Decretul Legislativ nr. 163/2006, Regulamentul privind criteriile de calificare ale firmelor de construcții la licitații publice (atestat SOA) DPR nr. 34/2000, art. 2602 și 2615 din Codul civil italian, Codul contractelor publice referitoare la lucrări, servicii și furnizări în aplicarea directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE precum și dispoziții din Noul Cod civil român, respectiv art. 2580. S-au mai invocat prevederi din actul constitutiv al ...EBG.

Astfel, răspunzând la **întrebarea nr. 1** s-a făcut trimitere la dispozițiile art. 2602 din Codul civil italian și art. 36 din Codul contractelor, concluzionându-se că susținătorul ...EBG este un „consorțiu stabil” și depunându-se următoarele documente:

- actul constitutiv al consorțiului autentificat sub nr. 95570/19.06.2008 (registru nr. 25220) de către Biroul Notarial asociat Bravelli Bianconi Talice, din Treviso, document din cuprinsul căruia rezultă că a fost „înregistrat la Treviso în sistem online în data de 19.06.2008 cu nr. 12296/IT (...) Înscris la Registrul Comerțului din Bologna în data de 20.06.2008” (lb. italiană și traducere legalizată în lb. română);

- documente emise de Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna prezentate doar în limba italiană (pag. 72 – 94);

- legislație în legătură cu consorțiul stabil (lb. italiană și traducere autorizată în lb. română).

Răspunzând **întrebării nr. 2**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a menționat că, în conformitate cu legislația italiană, nu există obligația de a introduce toate societățile din Consorțiu în Registrul Camerei de Comerț din Treviso, ci să conțină numărul minim prevăzut în art. 36, adică 3 dintre membrii consortiați. Se arată că unicul document valabil în scopuri normative și legislative care atestă apartenența societății ...SRL la Consorțiu este, conform legislației italiene, registrul asociaților.

În dovedirea celor afirmate au fost depuse un număr de 9 file în lb. italiană și traduse legalizat în lb. română, documente confirmate ca fiind „conforme cu originalul” de către Primăria din Treviso – Biroul de înregistrări, ce reprezintă:

- Proces-verbal al Consiliului de Administrație din data de 01.10.2012 – ora 10,00, având ca obiect, printre altele, și examinarea cererii de asociere a societății ...SRL – cod TVA 03957600269;

- Proces-verbal al Consiliului de Administrație din data de 01.10.2012 – ora 10,00 din cuprinsul căruia rezultă că ...SRL deține condițiile pentru a fi admisă în consorțiu și în urma deliberărilor s-a acceptat cererea de admitere în consorțiu, printre alte firme, și a firmei ...SRL;

- Adresă datată 01.10.2012 prin care ...EBG comunică firmei ...SRL derogarea de la art. 12 din regulamentul intern referitor la plata contribuției de admitere de 3.000 euro și a „cotei cu titlu de contribuție pentru menținere pentru primul an de 2.000 euro”;

- Cererea de aderare la consorțiu formulată la data de 12.09.2012 de către ...SRL;

- Declarația nedată prin care ...SRL, conform art. 36 din Decretul Lege 163/2006 cu referire expresă la participarea ...EBG la diverse proceduri naționale și internaționale pentru acreditarea și/sau participarea atât directă cât și în Joint Venture și/sau ca susținere în calitate de terț susținător, autorizează ...EBG să utilizeze în mod independent capacitățile puse la dispoziție de către societatea în discuție: Contracte de lucrări, Certificate de finalizare a lucrărilor, planuri ale proiectelor etc.

- Documentul datat 12.09.2012 intitulat Secretul profesional, semnat de ...SRL, din care rezultă, printre altele, următoarele: „Conținutul documentelor solicitate pentru adeziunea la ...EBG sunt protejate de secretul profesional”.

Răspunzând **întrebării nr. 3**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a menționat următoarele:

„Conform Decret legislativ nr. 163 din 12.04.2006, Codul contractelor publice referitoare la lucrări, servicii și furnizări în aplicarea Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE (GU nr.100 din 2 mai 2006) art.36 Consorții stabile - Consorțiul se califică în baza calificărilor deținute de societățile individuale asociate”. Totodată se invocă Declarația ...SRL, nedată, al cărei conținut a fost redat mai sus și se concluzionează că „este evident atât din actul normativ enunțat, cât și din declarația ...că un consorțiu (...) va beneficia de TOATE calificările deținute de către membrii consortiați, în speță de către ..., neexistând o limitare expresă nici în lege, nici în declarația ...; mai mult, este evident că însăși ...SRL a pus la dispoziția consorțiului din care face parte documentele care atestă executarea lucrării ce dovedește îndeplinirea cerinței minime din FDA”.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul mai reține că, prin adresa nr. 31554/02.09.2014, autoritatea contractantă i-a mai solicitat asocierii SC ... SRL – SC ... SA următoarele:

- transmiterea traducerii în limba română, autorizată și legalizată, „a documentului de la pag. 72 - 94 din răspunsul de clarificare nr. 3675/01.09.2014 (înregistrat la ... cu nr. 31318/01.09.2014)”.

- „traducerea în limba română, autorizată și legalizată, a prevederilor legale la care ați făcut trimitere în răspunsul de clarificare nr. 3675/01.09.2014 (înregistrat la ... cu nr. 31318/01.09.2014), mai precis a art. 2602 și următoarele din Codul civil italian, a legii nr. 109/11.02.1994, modificată prin decretul legislativ nr. 163 din 2006, forma avută la data prezentei, precum și a tuturor dispozițiilor din Codul civil italian la care face referire legiuitorul în legea 109/1994 în legătură cu subiectul: «consorțiu stabil».

Asocierea SC ... SRL – SC ... SA a răspuns prin adresa nr. 3810/10.09.2014, anexând traducerea în limba română, autorizată și legalizată a documentelor de la pag. 72-94 din răspunsul nr. 3674/01.09.2014. Totodată a fost anexată, traducerea în lb. română a articolului 2602 din Codul civil, art. 12 (Consorții stabile), art. 8 (Calificarea) și art. 9 (Norme în materie de participare la licitații) din Legea nr. 109/11.02.1994, Decretul Legislativ din data de 12.04.2006, nr. 163 Codul privind contractele publice de lucrări servicii, furnizări (ultima actualizare: legea din data de 23 iunie 2014 nr. 89 și legea din data de 11 august 2014 nr. 114), art. 36 – Consorții stabile, Legea nr. 2 din 28 ianuarie 2009, Servicii circulare informative, Revistă cu apariție săptămânală multiplă 27.02.2009, Circulara 15, Domeniu: Îndeplinirea obligațiilor - Abrogarea

Registrului Asociațiilor pentru societățile cu răspundere limitată și îndeplinirea obligațiilor de către ...

Consiliul mai reține că, după emiterea celei de-a doua versiuni a raportului procedurii de atribuire din data de 17.09.2014, Comisia de evaluare i-a mai transmis asocierii SC ... SRL – SC ... SA, cererea de clarificare nr. 37095/09.10.2014 prin care i-a solicitat lămurirea următoarelor aspecte:

„1. Vă solicităm să prezentați documente din care să reiasă că ...EBG poate participa la proceduri de achiziție publică în calitate de terț susținător, fiindcă această situație nu este prevăzută în statutul consorțiilor stabile din Italia

2. Prin Formularul nr. 8A, ...EBG Italia confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate și va prelua execuția obligațiilor din contract.

Față de această situație:

2.1. Vă solicităm să justificați cu documente cum poate realiza acest lucru ...EBG Italia, dacă experiența similară este, în fapt, a altui «susținător», respectiv a susținătorului ...SRL Italia.

2.2. Vă solicităm să justificați cu documente posibilitatea de reprezentare a consorțiului în angajarea răspunderii membrilor acestuia pentru executarea unui contract de către altă entitate, într-o procedură în care consorțiul, ...EBG Italia, nu participă, ci are calitate de terț susținător.

2.3. Vă solicităm să justificați cu documente modalitatea de dispunere și transfer a experienței similare de la firma ...SRL Italia către reprezentantul consorțiului, având în vedere că cel care angajează răspunderea este ...EBG Italia.

3. Vă solicităm să transmiteți documente din care să reiasă că dispuneți de resursele ...SRL Italia (condiție necesară conform interpretării Curții Europene de Justiție în cazul C-176/98 Holst Italia Spa), necesare pentru realizarea contractului, în situația în care dumneavoastră întâmpinați dificultăți în realizarea acestuia”.

Chestiunile de mai sus reprezintă aspecte care au fost menționate de CVAP ... în adresa nr. 611/... 06.10.2014, ca răspuns la adresa autorității contractante nr. 35041/30.09.2014.

De altfel, în finalul acestei adrese CVAP ... menționează următoarele: „pentru a putea certifica faptul că documentele depuse de către terțul susținător în demonstrarea cerinței privind experiența similară, sunt cele necesare și sunt suficiente, considerăm oportună obținerea unui alt punct de vedere din partea unui expert juridic, care are expertiză în domeniu și poate emite un punct de vedere concludent”.

Analizând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin procesul-verbal nr. 16/09.10.2014, Comisia de

evaluare „a adus la cunoștința observatorilor faptul că autoritatea contractantă a decis că nu va recurge la numirea unui expert juridic în acest moment al procedurii de achiziție”.

Având în vedere cele mai sus menționate și constatând că în cadrul comisiei de evaluare se regăsesc Șeful Serviciului Achiziții (...), Șeful Biroului Contabilitate (...), un inginer din cadrul Direcției Tehnice (...), Șeful Biroului UIP (... .. și încă un reprezentant din partea Serviciului Investiții (...), prin urmare niciun jurist a cărui prezență și competență este absolut necesară pentru dezlegarea chestiunii în litigiu, Consiliul apreciază că era oportună cooptarea unui expert juridic extern în conformitate cu dispozițiile art. 73 alin. (1) și alin. (3) lit. c) din HG nr. 925/2006, cu atât mai mult cu cât răspunsul asocierii SC ... SRL – SC ... SA la cererea de clarificare nr. 37095/09.10.2014, ce conține aspecte juridice, a fost apreciat ca neconcludent de către membrii Comisiei de evaluare, în temeiul dispozițiilor art. 79 alin. (1) din H.G. 925/2006.

Din documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul reține că prin adresa nr. 4353/15.10.2014, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a răspuns la cererea de clarificări nr. 37095/09.10.2014 a autorității contractante, după cum urmează:

Răspunzând **întrebării nr. 1**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a făcut trimitere la dispoziția legislativă 10/2012, la decretul legislativ nr. 163/12.04.2006, la prevederile art. 190 din OUG nr. 34/2006, la conținutul angajamentului ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului Asocierea SC ... SRL – SC ... SA, semnat de ...EBG, la hotărârea Curții Europene în cauza Ballast Nedam Groep I, concluzionând că documentele din care reiese că, ... Italia poate participa la procedura de licitație în calitate de terț susținător sunt:

- „- statutul consorțiului,
- actul constitutiv,
- certificatul constatator,
- articolul 2602,
- Legea nr. 109/11.02.1994,
- Decretul Legislativ nr. 163,
- Legea nr. 2/28.01.2009,
- Circulara nr. 15.
- Angajamentul de susținere tehnică și profesională dat de ... EBG; (documente depuse în ofertă și răspunsurile anterioare la solicitările de clarificări)
- Documente privind alte proceduri de licitație câștigate în care am primit susținere de la terțul susținător ... EBG”.

Răspunzând punctului 2.1. din **întrebarea nr. 2**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a arătat că ...EBG este terțul susținător, acesta

fiind emitentul și semnatarul Formularului 8A. Membrul consorțiat ...SRL nu deține calitatea de terț susținător, ci consorțiul stabil din care această societate face parte și căruia ...SRL a înțeles să-i pună la dispoziție întreaga sa capacitate tehnică și economică. Explicând modul de funcționare al unui consorțiu în baza legislației italiene, asocierea SC ... SRL – SC ... SA menționează că documentele care justifică cum poate pune ...EBG la dispoziția ofertantului „resursele tehnice și profesionale invocate și preluarea execuției obligațiilor din contract” sunt: „statutul consorțiului, actul constitutiv, certificatul constatator, articolul 2602, legea nr. 109/11.02.1994, decretul legislativ nr. 163, legea nr. 2/28.01.2009, circulara nr. 15. Toate aceste acte reglementează modul de constituire și funcționare a unui consorțiu”.

Răspunzând punctului 2.2. din **întrebarea nr. 2**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a arătat că răspunderea este angajată de către consorțiu, nu de către membrii acestuia, decretul legislativ nr. 163/12 aprilie 2006 - Codul privind contractele publice de lucrări servicii furnizări, tradus și legalizat în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 31554/02.09.2014, art. 36 alin. (2) stipulând: „Regulamentul stabilește condițiile și limitele dreptului consorțiului de a efectua lucrări, inclusiv prin încredințarea către membrii consorțiului, cu excepția răspunderii solidare a acestora față de autoritatea contractanta sau furnizoare(...)”.

Răspunzând punctului 2.3. din **întrebarea nr. 2**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a arătat că „Experiența similară a firmei ...nu se transferă către ... EBG ci ...autorizează ...EBG de a utiliza capacitățile puse la dispoziție”. Totodată a fost anexată „Declarația societății ...SRL care autorizează, conform art.36 din Decretul 163/2006, ...EBG de a utiliza capacitățile puse la dispoziție de aceasta, respectiv contracte de lucrări, certificate de finalizare a lucrărilor, planuri ale proiectelor, etc.”.

Răspunzând **întrebării nr. 3**, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a arătat că nu este cazul de două susțineri, așa cum cum se rezultă din interpretarea Curții Europene de Justiție în cazul C-176/98 Holst Italia SPA, ci este vorba despre o susținere dată de un singur terț susținător - ... EBG, care are în componență mai multe societăți (printre care și Impregen) care și-au pus în comun resursele în vederea participării la licitații, inclusiv prin acordarea de susțineri. Se invocă dispozițiile art. 190 din OUG 34 și art. 11¹ din HG nr. 925/2006, precum și prevederile fișei de date, punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, arătându-se că în temeiul prevederilor legale, „este considerată îndeplinită cerința prin prezentarea unui angajament ferm - care este formularul nr. 8 A, prezentat în cadrul documentației de calificare, prin care se

garantează faptul că terțul susținător, ...EBG se obligă să asigure îndeplinirea contractului în cazul în care asocierea ... - ... întâmpină dificultăți în realizarea contractului. Din momentul în care SC ...SRL a devenit o societate consorțiată prin aderarea la ...EBG, nu mai dispune de resurse proprii care să fie utilizate de aceasta în mod independent, ci toate aceste resurse au fost puse la dispoziția consorțiului pentru a fi utilizate în comun, creându-se o nouă entitate juridică autonomă care poate participa la proceduri de atribuire sub formă independentă utilizând resursele societăților care fac parte din consorțiu dar acționând pe cont propriu (Dispoziția legislativă 10-2012). Este astfel evident că, atâta timp cât Consorțiul ca și entitate juridică independentă își poate asuma în nume propriu obligații și răspunderea subsecventă în cazul nerespectării acestora aparține acele... entități juridice, și anume Consorțiului. Conform Decretului legislativ nr. 163 din 12.04.2006, Codul contractelor publice referitoare la lucrări, servicii și furnizări în aplicarea Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE (GU nr.100 din 2 mai 2006) art.36 Consorții stabile - Consorțiul se califică în baza calificărilor deținute de societățile individuale asociate”.

Răspunsul asocierii SC ... SRL – SC ... SA la cererea de clarificări nr. 37095/09.10.2014 a autorității contractante, cuprinde și punctul de vedere al terțului susținător ...EBG, formulat de o societate de avocați, care conține interpretări ale legislației române și italiene, însoțit de 6 anexe:

- Anexa nr. 1 - Opinia ... privind consorțiile permanente, publicată pe site-ul Instituției Sportello Appalti Imprese - Regiunea Sardegna, care are drept obiectiv asistarea operatorilor economici în ceea ce privește participarea la achiziții publice;

- Anexa nr. 2 - Actul Constitutiv al ...EBG - extras și în traducere legalizată;

- Anexa nr. 3 - Statutul ...EBG - extras și în traducere legalizată;

- Anexa nr. 4 - Certificat eliberat de Camera de comerț și agricultură din Treviso, Italia nr. NOV/5885/2014/CTE0037 din data de 29.08.2014 - în traducere legalizată;

- Anexa nr. 5 - Declarația nedată prin care ...SRL, conform art. 36 din Decretul Lege 163/2006 cu referire expresă la participarea ...EBG la diverse proceduri naționale și internaționale pentru acreditarea și/sau participarea atât directă cât și în Joint Venture și/sau ca susținere în calitate de terț susținător, autorizează ...EBG să utilizeze în mod independent capacitățile puse la dispoziție de către societatea în discuție: Contracte de lucrări, Certificate de finalizare a lucrărilor, planuri ale proiectelor etc.

- Anexa nr. 6 - Dispoziția Legislativă nr. 10/2012 emisă de Uniunea Consorțiilor Stabile Italiene.

Analizând înscrisurile depuse la dosar, Consiliul constată că terțul susținător ...EBG Italia este, potrivit dispoziției legislative 10-2012, o *„entitate juridică autonomă care poate participa la proceduri de licitație sub formă independentă, utilizând capacitatea tehnică și financiară a societăților care fac parte din consorțiu, fără a recurge la o activitate comună, consorțiul acționând sub formă independentă pe cont propriu. Art. 36 din Decretul legislativ 163/2006 la alin. 7 citează «consorțiul stabil se califică pe baza calificărilor deținute de fiecare societate care face parte din consorțiu». Pe baza celor exprimate mai sus, consorțiul stabil poate participa la toate procedurile de licitație, utilizând capacitatea profesională a fiecărei societăți din consorțiu, consorțiul stabil deținând calitatea de semnatar unic al procedurilor”*

Relevantă în acest sens prezintă următoarele dispoziții legale:

- art. 190 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006

„(2) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate (...).

(3) Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea tehnică și profesională a unei/unor terțe persoane, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează în condițiile prevăzute la alin. (2)”.

- art. 11¹ *„alin. (1) În cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 186 și 190 din ordonanța de urgență, ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere pentru verificarea îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire;*

(2) Pentru a fi luată în considerare susținerea acordată, angajamentul ferm prevăzut la art. 186 alin. (2) și la art. 190 alin. (2) din ordonanța de urgență trebuie să reprezinte un instrument juridic care să asigure dreptul autorității contractante de a solicita,

în mod legitim, îndeplinirea anumitor obligații de către persoana susținătoare;

(3) În cazul în care susținerea terțului se referă la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului - fonduri financiare, utilaje, echipamente, personal -, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să prevadă care sunt resursele respective și să evidențieze faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză;

(4) În cazul în care susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse/servicii/lucrări furnizate/prestate/executate într-o perioadă anterioară sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să garanteze autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă;

(5) În situațiile prevăzute la alin. (3)-(4), susținătorul răspunde pentru prejudiciile cauzate autorității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului;

(6) Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de achiziție publică."

Din textele legale citate se observă că nu există nicio mențiune referitoare la faptul că susținerea din partea unei terțe persoane nu se poate acorda de către un consorțiu de societăți constituit conform legislației italiene (persoană juridică organizată independent de membrii consorțiului), chiar dacă în legislația română nu există un corespondent în acest sens. De altfel, orice încercări de a asimila consorțiul în discuție cu alte instituții juridice existente în dreptul român nu au nicio relevanță.

Art. 2580 – Legea aplicabilă statutului organic - alin. (1) din NCC stipulează că „Statutul organic al persoanei juridice este cârmuit de legea sa națională”, iar art. 2581 – Domeniu de aplicare a legii naționale – prevede că: „Legea statutului organic al persoanei juridice cârmuiește îndeosebi:

- a) capacitatea acesteia;
- b) modul de dobândire și de pierdere a calității de asociat;
- c) drepturile și obligațiile ce decurg din calitatea de asociat;

- d) modul de alegere, competențele și funcționarea organelor de conducere ale persoanei juridice;
- e) reprezentarea acesteia prin intermediul organelor proprii;
- f) răspunderea persoanei juridice și a organelor ei față de terți;
- g) modificarea actelor constitutive;
- h) dizolvarea și lichidarea persoanei juridice.

OUG nr. 34/2006 transpune Directiva nr. 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de lucrări, de furnizare și de servicii, Directiva nr. 2004/17/CE privind coordonarea procedurilor de achiziție aplicate de entitățile care operează în sectoarele apă, energie, transport și servicii poștale, publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOUE) nr. L134 din 30 aprilie 2004, cu excepția art. 41 (3), art. 49 (3)-(5) și art. 53, care se transpun prin hotărâre a Guvernului, Directiva 1989/665/CEE privind coordonarea legilor, regulamentelor și prevederilor administrative referitoare la aplicarea procedurilor de recurs în materie de atribuire a contractelor de furnizare și de lucrări, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L395 din 30 decembrie 1989, și Directiva 1992/13/CEE privind coordonarea legilor, regulamentelor și prevederilor administrative referitoare la aplicarea regulilor Comunității pentru procedurile de achiziție a entităților care operează în sectoarele apă, energie, transport și telecomunicații, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L76 din 23 martie 1992, cu excepția art. 9-11, care se transpun prin hotărâre a Guvernului.

Directiva nr. 2004/18/CE prevede la art. 4 că:

„(1) Candidații sau ofertanții care, în temeiul legislației statului membru în care sunt stabiliți, au dreptul să presteze serviciul în cauză, nu pot fi respinși numai pe motiv că, în temeiul legislației statului membru în care se atribuie contractul, sunt obligați să fie persoane fizice, fie persoane juridice.

Cu toate acestea, pentru contractele de achiziții publice de servicii și de lucrări, precum și pentru contractele de achiziții publice de bunuri care implică, în plus, servicii și lucrări de montaj și de instalații, persoanele juridice pot fi obligate să indice, în cadrul ofertelor sau cererilor lor de participare, numele și calificările profesionale ale persoanelor responsabile cu executarea prestației în cauză.

(2) Grupurile de operatori economici pot depune oferte sau se pot prezenta în calitate de candidați. Pentru depunerea unei oferte sau a unei cereri de participare, autoritățile contractante nu pot impune ca grupurile de operatori economici să aibă o anumită

formă juridică, dar grupul selectat poate fi constrâns să dobândească o anumită formă juridică în cazul în care i s-a atribuit contractul, în măsura în care această transformare este necesară în scopul bunei executări a contractului”.

Consiliul constată că în fapt terțul susținător este un participant la procedura de atribuire. Susținerea acordată are rolul de a ajuta un ofertant să îndeplinească pragul impus pentru o anumită cerință minimă de calificare, în cazul de față cea a experienței similare. Însăși noțiunea „de susținere” presupune acordarea unui sprijin ofertantului.

Atâta vreme cât s-a acordat posibilitatea susținerii de către o terță persoană a experienței similare, această susținere poate fi acordată și de către un consorțiu care este o entitate juridică autonomă și care, la rândul său, poate participa la proceduri de licitație sub formă independentă, utilizând capacitatea tehnică și financiară a societăților care fac parte din consorțiu, fără a recurge la o activitate comună, consorțiul acționând sub formă independentă pe cont propriu.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, rezultă că la data de 19.06.2008 s-a constituit ...EBG, iar la data de 12.09.2012 societatea ...SRL Italia a depus cererea de aderare la consorțiu, aceasta devenind membru consorțiat la data de 01.10.2012. Contractul depus pentru dovedirea experienței similare a fost executat de ...SRL, este înregistrat la data de 05.05.2012, lucrările fiind executate în perioada 23.04.2012 - 19.04.2013, prin urmare o parte din contract a fost executat în perioada în care ...SRL era membru al consorțiului.

În soluționare, Consiliul reține și adagiul latin „*a maiori ad minus*”, potrivit căruia „cine poate mai mult poate și mai puțin”, astfel că dacă consorțiul poate participa la proceduri de licitație sub formă independentă, utilizând capacitatea tehnică și financiară a societăților care fac parte din consorțiu iar potrivit art. 36 din Decretul legislativ 163/2006 alin. 7 care prevede că „consorțiul stabil se califică pe baza calificărilor deținute de fiecare societate care face parte din consorțiu”, rezultă că acesta poate să și susțină un operator economic participant la o procedură, în condițiile în care susținătorul nu intervine în cadrul procedurii propriu-zis de la începutul derulării contractului, ci ulterior, în anumite situații expres determinate de lege, el reprezentând în fapt garantul autorității contractante că, în cazul în care contractantul susținut întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, acesta se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicare sa directă. Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că există posibilitatea ca derularea contractului să nu

întâmpine dificultăți iar astfel susținătorul să nu fie nevoit să acorde în fapt susținerea oferită în etapa de calificare, și deci să nu fie obligat de autoritatea contractantă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicare sa directă.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că modul în care asocierea contestatoare a răspuns la punctul 1 din solicitarea de clarificări nr. 37095/09.10.2014, nu poate fi apreciat în niciun caz ca fiind neconcludent de vreme ce au fost indicate și interpretate dispoziții legale italiene care nu au fost răsturnate prin niciun mijloc de probă. Aceeași este situația și în cazul răspunsurilor menționate la punctele 2.1, 2.2. și 2.3.

Consiliul apreciază ca fiind concludent și modul în care contestatoarea a răspuns la punctul 3 din solicitarea de clarificări nr. 37095/09.10.2014. Interpretarea Curții Europene de Justiție în cazul C-176/98 Holst Italia Spa nu are nicio relevanță în cauza de față deoarece, pe de o parte cauza în discuție a avut la bază Directiva nr. 92/50/CE, în prezent abrogată de către Directiva 2004/18/CE, iar pe de altă parte spețele nu sunt identice.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că în mod greșit autoritatea contractantă nu a luat în considerare experiența similară a asocierii ofertante îndeplinită prin invocarea susținerii de către ...EBG, fără a aprecia necesar să solicite noi clarificări/să efectueze demersuri proprii prin instituțiile statului român în vederea clarificării situației.

În cazul în care membrii Comisiei de evaluare apreciau că informațiile care le-au fost puse la dispoziție de către ofertant și terț susținător nu erau suficiente, pentru respectarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice stipulat la art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006, trebuiau să-i solicite asocierii SC ... SRL – SC ... SA clarificarea aspectelor neelucidate, în conformitate cu dispozițiile art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006, care stipulează următoarele: „Comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”.

De asemenea, așa cum Consiliul a arătat deja în considerente, se impune cooptarea unui expert juridic care să analizeze dispozițiile legale de drept italian invocate de către asocierea SC ... SRL – SC ... SA/terțul susținător ...EBG, aplicarea acestora în spațiu precum și documentele prezentate de către terțul susținător.

Susținerea autorității contractante referitoare la faptul că nu a avut textul integral al dispozițiilor legale invocate de asocierea contestatoare, nu poate fi luată în considerare de către Consiliu deoarece prin comunicarea rezultatului procedurii de atribuire autoritatea contractantă nu a apreciat ca fiind neconcludent răspunsul contestatoarei la cererea de clarificări nr. 31554/02.09.2014. Membrii Comisiei de evaluare au apreciat ca fiind neconcludent răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificări nr. 37095/09.10.2014.

Consiliul reiterează faptul că, prin adresa nr. 31554/02.09.2014, autoritatea contractantă i-a solicitat asocierii SC ... SRL – SC ... SA, printre altele, să depună „traducerea în limba română, autorizată și legalizată, a prevederilor legale la care ați făcut trimitere în răspunsul de clarificare nr. 3675/01.09.2014 (înregistrat la ... cu nr. 31318/01.09.2014), mai precis a art. 2602 și următoarele din Codul civil italian, a legii nr. 109/11.02.1994, modificată prin decretul legislativ nr. 163 din 2006, forma avută la data prezentei, precum și a tuturor dispozițiilor din Codul civil italian la care face referire legiuitorul în legea 109/1994 în legătură cu subiectul: «consorțiu stabil»”, solicitare la care contestatoare a răspuns prin transmiterea, pentru unele actele normative, a unor extrase apreciate de aceasta ca fiind relevante.

De asemenea, Consiliul apreciază că în cauză se impune ca autoritatea contractantă să facă aplicabilitatea dispozițiilor art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006 care stipulează că: *„În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. În orice situație, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o perioadă rezonabilă de timp pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate”*.

Orice decizie a autorității contractante trebuie să se bazeze pe o evaluare temeinică a documentelor care i-au fost puse la dispoziție, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective.

De asemenea, Consiliul apreciază că din cauza existenței unor informații insuficiente pentru a putea face o evaluare corectă, autoritatea contractantă trebuia să manifeste o minimă diligență și să aibă un minim rol activ pentru clarificarea situației.

Tuturor chestiunilor pe care autoritatea contractantă a dorit să lămurească prin solicitările de clarificări repetate, asocierea contestatoare le-a opus prevederi ale legislației italiene, documente

ale consorțiului, inclusiv documentele depuse de ...SRL în momentul aderării la consorțiu. Pe de altă parte, în procedură se regăsesc documentele solicitate de legislația în vigoare în materia achizițiilor publice care dovedesc angajamentul ...EBG în ceea ce privește susținerea tehnică și profesională a asocierii contestatoare. În situația în care autoritatea contractantă considera necesară depunerea unor anumite „documente”, trebuia să indice în mod clar natura lor și emitentul (de exp. documente emise de ...SRL date, documente emise de autorități ale statului italian/organizații profesionale, documente prin care autorități ale statului italian certifică anumite situații, traducerea autorizată și legalizată integrală a dispozițiilor legale invocate și a corespondenței acestora cu alte acte normative incidente etc.), aceasta în condițiile în care informațiile și documentele prezentate de asocierea contestatoare au fost apreciate ca insuficiente.

Faptul că în cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă arată că are încă „îndoieli” în privința statutului terțului susținător, și anume în privința autodeclarării calității de consorțiu stabil și în privința calității de membru al consorțiului al ...„mai cu seamă că atestarea acestei calități s-a realizat prin acte care emană chiar de la consorțiu”, demonstrează că în speță autoritatea contractantă ar fi trebuit să continue demersurile pentru lămurirea în mod cert a chestiunii în litigiu.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la faptul că „legislația statului italian nu are cum să fie aplicabilă în România prin propria ei forță, fiindcă nicio normă juridică română nu trimite la ea”, Consiliul o apreciază ca fiind neîntemeiată în raport de dispozițiile art. 2580 alin. (1) și art. 2581 din Noul cod civil, anterior reproduse, coroborate cu prevederile art. 2582 alin. (1) și 2583 Cod civil care prevăd:

„ Art. 2.582. - (1) Persoanele juridice străine cu scop lucrativ, valabil constituite în statul a cărui naționalitate o au, sunt recunoscute de plin drept în România.

(2) Persoanele juridice străine fără scop lucrativ pot fi recunoscute în România, pe baza aprobării prealabile a Guvernului, prin hotărâre judecătorească, sub condiția reciprocității, dacă sunt valabil constituite în statul a cărui naționalitate o au, iar scopurile statutare pe care le urmăresc nu contravin ordinii sociale și economice din România.

(3) Hotărârea de recunoaștere se publică în Monitorul Oficial al României și într-un ziar central și este supusă apelului în termen de 60 de zile de la data ultimei publicări.

(4) Apelul poate fi exercitat de orice persoană interesată pentru neîndeplinirea oricăreia dintre condițiile prevăzute la alin. (2)".

Art. 2.583. „(1) O persoană juridică străină care este recunoscută beneficiază de toate drepturile care decurg din legea statutului ei organic, în afară de cele pe care statul care face recunoașterea le refuză prin dispozițiile sale legale.

(2) Persoana juridică străină recunoscută în România își desfășoară activitatea pe teritoriul țării în condițiile stabilite de legea română referitoare la exercitarea activităților economice, sociale, culturale sau de altă natură".

Incidența acestor dispoziții legale în cazul ...EBG, va fi analizată de către expertul juridic cooptat și membrii Comisiei de evaluare, prin raportare la Actul constitutiv, statutul consorțiului și documentele emise de instituțiile statului italian.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante referitoare la faptul că asocierea contestatoare nu i-a pus la dispoziție traduceri legalizate ale actelor normative invocate de aceasta, Consiliul apreciază că aceasta constituie o chestiune de formă care poate fi soluționată printr-o cerere de clarificări conform art. 35 din HG nr. 925/2006, această împrejurare nefiind de natură a-i produce contestatoarei nici un avantaj în raport cu ceilalți ofertanți.

Prin urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a făcut o evaluare completă a ofertei contestatoarei, contrar dispozițiilor art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006, respingând-o eronat, deși s-ar fi impus cooptarea unei expert juridic, solicitarea de noi clarificări ofertantului contestator și efectuarea unor demersuri proprii în temeiul dispozițiilor art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006 către instituțiile statului român, având competență în domeniu, pentru clarificarea situației.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă S.C. ... S.A. ... reprezentată convențional prin Va anula Raportul procedurii de atribuire nr. 39662/28.10.2014 și toate actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A. și să stabilească rezultatul procedurii, cu respectarea celor reținute în motivare.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

În ceea ce privește solicitarea autorității contractante de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (8) din OUG nr. 34/2006, Consiliul o va respinge având în vedere soluția pronunțată.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 exemplare, conține 36 pagini.