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

DECIZIE

Nr...../...../....., ..., ...
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. Polonă nr. 56, ap. 1 – 8, ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având Cod Unic de Înregistrare 2629538, reprezentantă legal prin ....., în calitate de Președinte privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „.....", coduri CPV 71322500-6, 71241000-9, organizată de ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., b-dul Dinicu Golescu nr. 38, ..., s-a solicitat ..... .
Prin contestația nr. ..../ ..... /....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ...., cu sediul în ....., str. .... nr. 6, bl. ...., sc. ..., ap. ...., sector ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având Cod Unic de Înregistrare ....., reprezentantă legal prin .... și convențional prin ...., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „....." , coduri CPV 71322500-6, 71241000-9, organizată de ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., b-dul .... nr. 38, ..., s-a solicitat:
- anularea înscrisului intitulat Informare privind finalizarea etapei de evaluare DUAE purtând nr. 12B/7791/07.10.....;
- anularea actelor subsecvente acestui înscris, în ceea ce privește ilegala constatare a inadmisibilității ofertei asocierii;
- reluarea evaluării cu observarea admisibilității ofertei asocierii.

Prin contestația nr. ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ....., în calitate de lider al asocierii ....., cu sediul de corespondență în ....., str. Leonte ...., Clădirea ..... 5, reprezentantă legal prin ...., privind de licitație deschisă,

online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „.....”, coduri CPV 71322500-6, 71241000-9, organizată de ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., b-dul Dinicu Golescu nr. 38, ..., s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziție, până la soluționarea fondului cauzei;
- anularea adresei nr. 12B/7287/06.10..... prin care a fost comunicat rezultatul procedurii, respectiv faptul că oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă;
- anularea rezultatului evaluării, respectiv a rezultatului procedurii de atribuire precum și a tuturor actelor anterioare sau subsecvente prin care oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă;
- reevaluarea ofertei asocierii, iar ca urmare a constatării acceptabilității acesteia, oferta asocierii să fie reintrodusă în procesul de evaluare.

În temeiul art. 17 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, cele trei contestații au fost conexate.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care de SC ..... SRL, SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – .... – ..... și ....., în calitate de lider al asocierii ..... – ..... – ....., reclamă respingerea ofertelor în cadrul procedurii menționate în partea introductivă, comunicată prin adresele nr. 12B/7286/06.10....., 12B/7291/06.10..... și respectiv nr. 12B/7287/06.10..... învederând în motivare următoarele:

I. În ceea ce privește contestație depusă de SC ..... SRL.

În fapt, contestatorul menționează că prin adresa nr. 12B/7286/06.10....., intitulată ”Informare finalizare etapa de evaluare DUAE" autoritatea i-a comunicat ”În conformitate cu prevederile H.G. nr. 395/2016, Comisia de evaluare a stabilit că oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarata inacceptabilă în temeiul art. 134 alin (5) din HG nr. 395/2016 și, pe cale de consecință, a fost respinsă în temeiul art. 137 alin (1) din HG nr. 395/2016”, motivarea deciziei fiind "Operatorul economic (n.r. ..... SRL) nu a răspuns concludent la solicitările de clarificare, întrucât, deși a declarat …….. ca fiind terț susținător, nu a transmis angajamentul ferm din partea acestuia și nici nu a clarificat în ce constă susținerea acordată".

Împotriva deciziei de respingere a ofertei contestatorul a formulat notificare prealabilă nr. 2727/13.10..... față de care autoritatea nu a transmis niciun răspuns.

În drept, contestatorul arată că actul autorității contractante încalcă dispozițiile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/..... precum și punctele de vedere ale ANAP pentru situațiile în care subcontractantul îndeplinește o cerință de calificare, respectiv:

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

"Cu privire la depunerea DUAE de către ofertant, susținător, subcontractant, precizăm că acest document trebuie depus individual, de fiecare dintre entitățile în cauza, cu excepția cazului în care subcontractantul oferă susținere pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică si/sau profesională, situație în care este suficientă depunerea doar a unui singur DUAE in calitate de subcontractant ale cărui capacități vor fi luate in considerare de autoritatea contractantă, în condițiile art. 172 alin (4) din Legea nr. 98/2016".

Față de motivarea autorității în luarea deciziei de respingere a ofertei depusă de SC ..... SRL, contestatorul precizează că invocarea de către aceasta a notificării ANAP nr. 258/..... este eronată și irelevantă având în vedere următoarele aspecte:

a) Notificare ANAP nr. 258/..... este o erată la Notificarea ANAP nr. 256 din decembrie 2016, cu privire la conținutul fișei de date. Astfel, erata se referă, în mod clar, la eliminarea măsurii de respingere a ofertelor pe motivul neprezentării unor documente și la înlocuirea acestei măsuri cu solicitarea de clarificări. Totodată se menționează că enumerarea documentelor care trebuie depuse odată cu oferta se referă la situații uzuale, des întâlnite, fără a trata excepții sau situații speciale. Actele invocate nu au legătură cu situația specială, care face obiectul prezentei contestații.

Contestatorul invocă următoarele prevederi:

Notificarea nr. 256/2016:

"*Atenționări speciale:*

Nedepunerea DUAE odată cu oferta (inclusiv pentru asociat/terț susținător) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.

Nedepunerea odată cu oferta, a DUAE, a angajamentului ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, sau după caz, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă."

Notificare nr. 258/.....:

"*Notificarea numărul 258 reprezentând Erata la Notificarea ANAP nr. 256/2016 - FIȘA DE DATE - secțiunea III. 2. l.a).*

Formularea atenționării nr. 2 se va citi:

„Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.

Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire. "

b) biblioteca de spețe conține puncte de vedere ale ANAP, completate și actualizate ulterior Notificărilor nr. 256/2016 și 258/..... și este rezultatul firesc al problemelor care se ridică odată cu punerea în aplicare a unor reglementări noi, în ceea ce privește materia achizițiilor publice, acoperind, pe măsura ce au apărut, situații speciale și/sau diferite spețe cu caracter de particularitate,

c) în aceste condiții, contestatorul consideră că se va lua în considerare, în ordine cronologică, ultima reglementare asupra unei cauze/situații;

d) se învederează că nu poate fi acceptată ideea că punctele de vedere ANAP, instituție investită cu autoritate de reglementare si monitorizare a achizițiilor publice, nu au aplicabilitate in procedurile de achiziție.

În ceea ce privește afirmația referitoare la diferența spețelor, contestatorul susține că aceasta este neîntemeiată, în fapt spața tratată în punctul de vedere ANAP reprezentând ”situația particulară în care un subcontractant îndeplinește o cerință de calificare” (indiferent care). Mai mult, se menționează că atât experiența similară, cât și dotarea cu utilaje/echipamente sunt părți ale aceleiași noțiuni și anume "capacitatea tehnică" subiect/cerință a aceleiași secțiuni din fișa de date. În ambele cazuri, angajamentele de susținere includ și se bazează pe același principiu (formulă) conform căreia terțul susținător va interveni în contract în cazul în care ofertantul întâmpina dificultăți. Având în vedere cele menționate, contestatorul consideră că, în fapt, este vorba de aceeași speță.

Totodată contestatorul subliniază că în motivarea punctului sau de vedere, ANAP face referire la prevederile art. 172 alin.(4) din Legea nr. 98/2016, conform cărora autoritatea contractantă (este obligata să) ia in considerare capacitățile subcontractanților. Acesta atrage atenția că în punctul de vedere formulat, ANAP nu face vreo referire la condiționarea aplicării prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 de prezentarea de către subcontractanți a unui angajament de susținere, întrucât, în mod firesc, un acord de subcontractare nu numai că poate fi asimilat unui "angajament", dar, mai mult, se referă nu la o susținere nedefinită în timp și mod, ci la o participare directă și responsabilă în cadrul contractului. În caz de necesitate, prezentarea în aceasta situație și a unui angajament de susținere de către subcontractant ar fi fost în mod expres menționată de art.172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin contestația formulată se mai arată că situația în care un subcontractant îndeplinește o cerință de calificare este cu siguranță o situație specială, acceptată de prevederile legale, dar care nu a fost reglementată, cu claritate, în actele normative anterioare (inclusiv Notificările ANAP nr. 256, respectiv nr. 258) și asupra căreia ANAP a emis,

ulterior, puncte de vedere din care reiese, în mod clar, faptul că subcontractantul poate îndeplini o cerință de calificare, caz în care devine și terț susținător, fără a mai fi nevoie să depună, în calitate de terț nici DUAE, nici angajament de susținere, iar autoritățile contractante vor lua în considerare capacitățile subcontractanților în baza art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. În aprecierea contestatorului calitatea de terț susținător pe care o dobândește un subcontractant care îndeplinește o cerință de calificare este pur teoretică și, ca atare, nu mai este necesar vreun document completat în calitate de terț susținător, întrucât toate documentele prezentate în calitate de subcontractant acoperă:

- informațiile și datele de identificare necesare;
- răspunsul la cerințele de eligibilitate;
- demonstrarea capacității tehnice și a îndeplinirii cerințelor de calificare în cauză;
- asigurarea de care autoritatea contractantă are nevoie (conf. art. 82 alin (3) din Legea nr. 98/2016) pentru îndeplinirea cerințelor, prin prezentarea acordului de subcontractare.

Cât privește afirmația autorității potrivit căreia SC ..... SRL nu a adus clarificări în ceea ce constă susținerea acordată (de subcontractant) contestatorul afirmă că este eronată întrucât, așa cum s-a precizat în cuprinsul răspunsurilor la clarificări:

a. în DUAE ofertant, ... SRL a precizat, în Partea a II-a, secțiunea C: "Informații privind utilizarea capacității altor entități": ..... SRL, iar în Partea a IV-a "Criterii de selecție, secțiunea C: Capacitatea tehnică și profesională" cu privire la prezentarea îndeplinirii cerințelor 3, 4 si 5 din fișa de date, a fost specificat clar "Subcontractant"

b. în DUAE subcontractant ..... SRL a precizat clar la Partea a IV-a "Criterii de selecție, secțiunea C: Capacitatea tehnica si profesionala" modul in care îndeplinește cerințele de calificare.

c. în dosarul de ofertă (propunerea tehnică) au fost prezentate toate documentele doveditoare privind deținerea de către ..... SRL a dotărilor respective;

d. din coroborarea datelor prezentate rezultă, în mod clar, faptul că:

- subcontractantul ..... SRL îndeplinește cerințele de calificare 3, 4 și 5 din fișa de date (capacitatea tehnică și profesională);
- capacitatea tehnică prezentată de subcontractantul ..... SRL face obiectul susținerii acordate ofertantului pentru îndeplinirea cerințelor de calificare.

Totodată, se subliniază că solicitarea autorității contractante ca ofertantul ..... SRL să elimine din DUAE, Partea II secțiunea C: "Informații privind utilizarea capacității altor entități" a subcontractantului ..... SRL a fost de neînțeles și total inacceptabilă, întrucât:

a. ar fi avut ca rezultat neîndeplinirea cerințelor de calificare 3, 4 și 5 din fișa de date prin nedeclararea faptului că ofertantul "*se bazează pe capacitățile unei entități*" (pentru îndeplinirea cerințelor).

b. încalcă prevederile din Notificarea ANAP nr. 240/2016 (Ghid utilizare DUAE) unde se precizează în clar că "entități" pe ale căror

capacități se poate baza un ofertant sunt: terți susținători sau subcontractanți.

De asemenea, contestatorul subliniază că a prezentat toate datele și informațiile necesare, conform reglementarilor legale în vigoare, și anume:

1. a declarat operatorul economic ..... SRL ca fiind atât "entitate pe capacitatea căreia se bazează" (în sensul și înțelesul îndeplinirii unei cerințe) DUAE Partea a II-a, secțiunea C, cât si "subcontractant", DUAE Partea a IV-a secțiunea C, cu precizarea procentului de subcontractare;

2. a prezentat acordul de subcontractare cu subcontractantul ..... SRL;

3. ..... SRL a prezentat:

- DUAE în care și-a declarant calitatea de subcontractant și terț susținător pentru ofertantul ..... SRL;
- informații cu privire la capacitatea tehnică, cu enumerarea, în clar, modului în care îndeplinește cerințele de calificare din fișa de date DUAE Partea a II-a, secțiunea C;
- documente justificative prin care probează deținerea utilajelor si echipamentelor care fac obiectul cerințelor (propunerea tehnica);
- acordul de subcontractare cu ofertantul ..... SRL prin care își asumă răspunderea prestării serviciilor, in legătură cu care a îndeplinit cerințele de calificare si a prezentat dotările si dovezile de deținere aferente.

Față de cele de mai sus și în legătură cu prezentarea unui angajament de susținere de către un operator economic, cu calitate de subcontractant, pe ale cărui capacități ofertantul se bazează (respectiv îndeplinește o cerință de calificare) contestatorul învederează că ANAP consideră că, în cazul în care subcontractantul îndeplinește o cerință de calificare, acesta, deși devine, teoretic, și terț susținător, nu mai este nevoit să depună nici DUAE în calitate de terț susținător si nici angajament de susținere în legătură cu cerințele pe care le îndeplinește deja în calitate de subcontractant. În aprecierea acestuia punctul de vedere este perfect întemeiat, întrucât ambele documente sunt inutile în măsura în care:

a. subcontractantul a prezentat deja un DUAE, iar un alt DUAE (cu exact același conținut) nu are nicio justificare;

b. seturile de documente DUAE + acord de subcontractare si DUAE + angajament de susținere sunt specifice subcontractanților, respectiv terților susținători, dar în măsura în care același operator economic este și subcontractant și terț susținător (cu referire evidentă la aceleași obiecte/cerințe) setul aferent terțului este evident inutil.

c. conform art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 angajamentul de susținere are rolul de a oferi autorității contractante o asigurare în privința faptului că ofertantul "*a luat măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare*" (n.r. pentru îndeplinirea unei/unor cerințe de calificare), dar în cazul în care aceste cerințe sunt îndeplinite de un subcontractant (și trebuie acceptate conform art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.)

d. autoritatea contractantă a primit deja asigurarea măsurilor luate de ofertant prin încheierea și prezentarea acordului de

subcontractare si a tuturor documentelor doveditoare privind îndeplinirea cerințelor.

e. mai mult, subcontractantul, prin clauze contractuale derivate din contractul de achiziție publică, asigură și angajează concret în contract resursele pentru care prezintă dovezi de deținere și de îndeplinire a cerințelor, asumându-și inclusiv îndeplinirea obligațiilor contractuale legate de utilizarea acestor resurse;

f. toate elementele unui angajament de susținere sunt acoperite corespunzător prin documentele depuse de subcontractant;

g. acordul de subcontractare se transformă în contract de subcontractare, în caz de adjudecare, și este un document care condiționează semnarea contractului de achiziție publica, având o acoperire juridică (în privința obligațiilor asumate) și o importanță incomparabil mai mare decât un angajament de susținere, prezentarea celui din urma devenind inutilă.

Concluzionând, contestatorul susține că un angajament de susținere prezentat de subcontractantul pe ale cărui resurse se bazează ofertantul și având ca obiect "punerea la dispoziția ofertantului a unor resurse" cu privire la îndeplinirea obligațiilor legate de cerința pe care o îndeplinește acest subcontractant nu are obiect, pentru că subcontractantul s-a angajat deja prin acordul de subcontractare, nu numai să asigure resursele conform cerințelor din documentația de atribuire, ci si să îndeplinească nemijlocit obligațiile contractuale legate de utilizarea acestor resurse, prezentând, totodată, toate documentele și dovezile capacității sale, cerute de documentația de atribuire în acest sens. De asemenea, se afirmă că acesta nu are sens, pentru că textele celor două documente (acord de subcontractare si angajament de susținere) devin contradictorii în raport cu esența responsabilităților asumate, în măsura în care sunt prezentate de același operator economic, pentru că subcontractantul nu pune resursele "*la dispoziția ofertantului*", în sensul juridic al exprimării, așa cum se prezintă termenii angajamentului, ci le asigură în contractul de achiziție publică si le utilizează personal și pe proprie răspundere, în folosul și in scopul îndeplinirii obligațiilor asumate în contractul de achiziție publică. Mai mult, se afirmă că un angajament de susținere prezentat de subcontractantul pe ale cărui resurse se bazează ofertantul ridică atât probleme de interpretare, fiind inacceptabil, în măsura în care subcontractantul, conform formularului de angajament, invoca, în fapt, eventualitatea propriei incapacități de a îndeplini obligațiile asumate ("vom mobiliza utilajele, instalațiile si echipamentele in cazul in care contractantul întâmpina greutăți"), cât și probleme de logică, în măsura în care subcontractantul "se angajează" ca, în cazul propriei incapacități de a-și onora obligațiile contractuale, tot el (in calitate de terț susținător) să intervină pentru îndeplinirea acelorași obligații. Dificultățile "întâmpinate de contractant" la care face referire angajamentul de susținere sunt, în acest caz generate de subcontractant, pentru ca au ca obiect obligațiile legate de cerințele îndeplinite de acesta).

II. În contestația depusă de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ……. – ……, se precizează că prin adresa nr. 12B/7791/06.10..... autoritatea l-a informat despre faptul că oferta

depusă a fost declarată inacceptabilă ca urmare incidenței dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Concret, autoritatea a reținut că răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 12B/3587/10.07..... ar fi neconcludent întrucât nu s-a transmis originalul actului adițional nr. 1/12.07..... la scrisoarea de garanție de participare nr. 0160222.

Astfel, contestatorul menționează că prin solicitarea de clarificări autoritatea a cerut transmiterea următoarelor înscrisuri:

- formularul B corectat sau un amendament la scrisoarea de garanție de participare;
- dovada plații primei de asigurare;
- originalul scrisorii de garanție de participare;
- originalul actului adițional la scrisoarea de garanție de participare;
- originalul poliței de asigurare.

Ca răspuns la solicitarea autorității contestatorul a încărcat în SEAP următoarele înscrisuri:

- actul adițional nr. 1/12.07..... la Scrisoarea de garanție de participare;
- dovada plații primei de asigurare,

și a depus în original:

- scrisoarea de garanție de participare;
- polița de asigurare;
- actul adițional nr. 1 la Polița de asigurare.

Contestatorul admite faptul că dintre înscrisurile solicitate a fi transmise în original lipsește Actul adițional nr. 1 la Scrisoarea de garanție de participare, asocierea transmițând, din eroare, numai actul adițional nr. 1 la Polița de asigurare. Însă, acest act adițional nr. 1/12.07..... la Scrisoarea de garanție de participare a fost depus de asociere în SEAP, astfel că autoritatea contractantă avea certitudinea că toate garanțiile pe care legal le poate solicita, cu referire la forma scrisorii de garanție de participare, sunt satisfăcute. Contestatorul apreciază că autoritatea nu poate ridica niciun dubiu rezonabil asupra încheierii acestui act adițional la Scrisoarea de garanție de participare, fiind vădită încheierea acestuia, de vreme ce a fost depus în SEAP, chiar dacă, din eroare, nu a fost și transmis în original, transmițându-se actul adițional nr. 1 la Polița de asigurare. În opinia contestatorului însăși temeiul legal al solicitării autorității contractante de prezentare în original a Scrisorii de garanție de participare și a Actului adițional nr. 1 la aceasta, cu referire la prevederile art. 123 alin. (4) din HG nr. 395/2016, nu este numai eronat, dar constituie o încercare de eludare și distorsionare a voinței exprese a legiuitorului. În acest sens contestatorul învederează că actul adițional la Scrisoarea de garanție de participare nu constituie un înscris cu regim special. Mai mult, potrivit prevederilor incidente ale NCC, cu referire la condițiile de fond și de formă ale actelor civile, prezentarea în original a unui astfel de înscris nu constituie condiție de validitate a respectivului act, cu consecința necesară că nu este îndeplinită nici condiția expres precizată de legiuitor pentru incidența acestui text de lege: "a cărui valabilitate este condiționată de prezentarea în această formă."

De asemenea, contestatorul arată că invocarea acestui text de lege în privința originalului scrisorilor de garanție de participare constituie o flagrantă încercare a autorității contractante de a eluda prevederile punctului 4 din Hotărârea de Guvern nr. 866/2016, care abrogă prevederile art. 36 alin. (7) din HG nr. 395/2016. Potrivit art. 36 alin. (7) din HG nr. 395/2016: "în orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată în original cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor." Această prevedere legală, care constituia temeiul legal al dreptului autorităților contractante de a solicita originalul Scrisorilor de garanție de participare, a fost abrogată prin prevederile HG nr. 866/2016, ceea ce implica cu imperativă necesitate că însuși legiuitorul a apreciat și a exprimat expres faptul că prezentarea acestor originale nu este necesară și utilă în cadrul procesului de achiziție publică, dispunând în mod expres și neinterpretabil asupra acestei chestiuni.

Sintetizând, contestatorul apreciază că pretenția autorității contractante de a-i fi prezentat originalul Scrisorii de garanție de participare este lipsită de temei legal, fiind neincidente, în mod vădit, prevederile 123 alin. (4) din HG nr. 395/2016 iar pe de altă parte pretenția autorității contractante de a-i fi prezentat originalul Scrisorii de garanție de participare constituie o nepermisă încercare de a eluda voința legiuitorului, cu claritate exprimată prin prevederile HG nr. 866/2016.

În același timp, contestatorul susține că este marcată de un formalism excesiv conduita autorității contractante, în condițiile în care date fiind înscrisurile transmise în SEAP, autoritatea are toate garanțiile pe care le-a avut în vedere legiuitorul prin stipularea legislativă a acestor tipuri de garanții în cadrul procesului de achiziție publică. Se invocă dispozițiile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și se afirmă că în condițiile în care autoritatea contractantă dispune de actul adițional nr. 1 la Scrisoarea de garanție de participare, acesta fiind încărcat în SEAP, autoritatea are certitudinea că garanția de participare este constituită în acord cu prevederile documentației de atribuire și astfel are certitudinea că toate garanțiile pe care legiuitorul îi permite a le solicita sunt prezentate.

În consecință se afirmă că, în condițiile în care autoritatea cunoștea că Scrisoarea de garanție de participare a fost amendată și noua ei formă corespunde în tot documentației de atribuire, dată fiind încărcarea în SEAP a Actului adițional nr. 1 la Scrisoarea de garanție, cu consecința că garanțiile privind "*riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire*" sunt în tot satisfăcute, respingerea ofertei întemeiată pe neprezentarea originalului acestui înscris constituie o vădită conduită marcată de excesiv formalism întrucât prezentarea acestui original nu aduce autorității vreun avantaj concret cu privire la aceste garanții.

În final, contestatorul afirmă că respingerea ofertei sale constituie o nerespectare a principiului proporționalității actelor contractante, fiind evident că autoritatea încearcă să respingă o ofertă în raport de motive vădit disproporționate, nedepunerea acestui original fiind lipsită de

consecințe în ceea ce privește garanțiile autorității sau corectitudinea procesului de achiziție publică.

III. În ceea ce privește contestația depusă ……, în calitate de lider al asocierii ……. – ……. – ……., se menționează că prin comunicarea nr. 12B/7287/06.10....., autoritatea contractantă a adus la cunoștință că ”a fost încheiat procesul de verificare al DUAE".

„În conformitate cu prevederile art. 65 alin 3) din HG 395/2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare vă comunică motivele cu privire la aceasta decizie, după cum urmează:

Conform Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publica/sectorială emisă de ANAP:

...pentru inadvertențele de forma apărute în completarea DUAE de către Ofertanți/Candidați comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

...b) respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE: Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016 (...) ”Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu se îndeplinesc condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției. Situațiile care conducă la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențele de fond, respectiv, reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirma îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractanta in fisa de date a achiziției."

Pentru a proceda astfel, Autoritatea contractantă a reținut următoarele: *„întrucât, în formularele DUAE prezentate de Asocierea ... împreuna cu subcontractanții săi nu au fost furnizate informații care să arate îndeplinirea următoarelor cerințe:*

Referitoare la capacitatea tehnica si/sau profesionala: Cerința 2 si Cerința 3, iar Comisia de evaluare potrivit celor de mai sus nu a avut posibilitatea de a solicita clarificări, oferta dumneavoastră este inacceptabilă."

Contestatorul precizează că potrivit fișei de date, pentru cerința 2 se menționează că ”*Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat în ultimii 3 ani* servicii de Elaborare/Revizuire Studiu de Fezabilitate/Proiecte tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare**, care au inclus și proiectarea a minim un pod si/sau pasaj si/sau viaduct, cu o deschidere de minim 50m, aferent unui drum expres și/sau drum național si/sau autostrada si/sau drum județean si/sau strada în localitatea urbană.*

**) în ultimii 3 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor. Se vor lua în considerare numai serviciile prestate pentru care se poate prezenta dovada acceptării/aprobării de către beneficiar.*

***) Serviciile de elaborare si/sau revizuire Studiu de fezabilitate si/sau proiecte tehnice aferente reabilitata pe existent a drumurilor exprese si/sau drumurilor naționale si/sau autostrăzilor nu vor fi luate în considerare ca servicii de elaborare și /sau revizuire de Studii de*

Fezabilitate și/sau Proiecte tehnice pentru modernizarea drumurilor exprese și/sau drumurilor naționale si/sau autostrăzilor."

Pentru cerința 3, s-a precizat:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că dispune de laborator autorizat (de minim grad II) cu profilul G.T.F. - Geotehnica si Teren de Fundare, conform Ordinului Ministrului Dezvoltării și Turismului nr. 1497/2011."

Referitor la neîndeplinirea cerinței nr. 3, contestatorul menționează că autoritatea contractanta nu a pus în aplicare prevederile art. 2, art. 196 și art. 209 din Legea 98/2016, precum și art. 135 din HG 395/2016, întrucât, în cadrul DUAE prezentat de asociatul ……., erau menționate informații cu privire la aceasta cerință în cadrul secțiunii C partea IV: „Proiectare și execuție autostrada Sebeș - Turda - Lot 4 - Proiect tehnic, detalii de execuție", unde beneficiar este mentionat PORR Construct SRL - Porr Bau GMBH". Contestatorul subliniază că beneficiarul final al acestui proiect este tot ……., astfel că, nu numai că autoritatea contractantă avea aceste informații dar acestea erau publice putând fi oricând accesate. În acest context contestatorul învederează că în cadrul DUAE prezentat, reprezentantul …… a declarat „Subsemnatul declar în mod oficial că sunt de acord ca ..... SA să obțină acces la documente justificative privind informațiile pe care le-am furnizat în Părțile I- IV din prezentul document european de achiziție publică „Elaborarea Studiu de Fezabilitate si Proiect Tehnic pentru drum de mare viteza Ploiești - Buzău".

În ceea ce privește neîndeplinirea cerinței nr. 3, contestatorul arată că în cadrul DUAE prezentat de subcontractantul ....., erau menționate atât:

- adresa de internet www.qqc.ro (conform DUAE pagina 1), care consta în sursa de informații oficiale și vizibile, …… prin ……(Autorizație Laborator Grad II nr. 3192/10.10.2016 pentru profilul de geotehnica si teren de fundare) informație care exista și la nivelul datei de depunere a ofertei din 13.07..... și care fără puțină de tăgada aceasta informație exista la momentul ofertei;
- cât și mențiunea din cadrul DUAE partea IV Criterii de selecție C Capacitatea tehnică și profesională a echipamentelor, utilajelor și instalațiilor tehnice care pot fi utilizate exclusiv în cadrul unui laborator autorizat de gradul II și care au fost prezentate suplimentar cerințelor din fișa de date a achiziției - a se vedea menționat în DUAE „balanța electronică hidrostatică ... balanța electronica Precisa....etuva MATEST....etuva Binder.....inclusiv, mențiunea ...laborator..." la subpunctul „set complet de site (7 site) Glenammer și masa vibranta VEB....".

Se mai adaugă de către contestator faptul că subcontractantul ....., conform informațiilor oficiale aflate pe site-ul ISC este un laborator autorizat de gradul II cu profilul G.T.F. - Geotehnica și Teren Fundare conform Ordinului Ministerului Dezvoltării si Turismului nr. 1497/2011 cu nr. autorizației 2422/ (reînnoit în) 2015-12-21) și care ca și în cazul ..... există încă dinaintea datei de depunere a ofertelor.

În final, contestatorul solicită luarea de măsuri de remediere conform dispozițiilor art. 2, art. 171 și art. 196 din Legea 98/2016 precum si art. 135 din HG 395/2016, în caz contrar, în opinia acestuia fiind încălcate atât

principiile care guvernează prezenta procedură, în vederea organizării unei proceduri de achiziție competitivă, și totodată sunt cumulate condițiile de anulare a procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. 85227/02.11..... înregistrată la Consiliu sub nr. 46456/02.11....., ... SA, în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ……, în calitate de lider al asocierii …….. – …….. Pe cale de excepție autoritatea contractantă invocă tardivitatea contestației, sens în care precizează că în data de 06.10..... a comunicat prin încprcare în SEAP Informarea privind finalizarea etapei de evaluare DUAE nr. 12B/7287/06.10..... În data de 16.10..... asocierea …….. – …….. – …….. a formulat notificarea prealabilă nr. 042/BD100/17/16.10....., care a fost înregistrată la …… cu nr. 92/81042/18.10..... Autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns cu privire la notificarea prealabila nr. 042/BD100/17/16.10....., în virtutea prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. În data de ..... asocierea a formulat contestație la CNSC prin adresa nr. ..... din data ....., înregistrata la …… cu nr. 92/84824/.....

Față de cele expuse anterior, autoritatea contractantă menționează că față de actul contestat, notificarea prealabilă și lipsa unui răspuns la aceasta, a devenit incident termenul prevăzute la art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr, 101/2016, termenul de contestare legal fiind împlinit in data de 29.10....., respectiv 30.10..... (data de 29.10..... fiind zi nelucrătoare). Prin urmare, contestația formulată de asocierea ……. – …….. – …….. din data de ..... este tardivă motiv pentru care solicită respingerea acesteia în conformitate cu prevederile art. 16 alin. (1) si art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Cât privește fondul contestației, față de susținerea contestatorul conform căreia nu s-ar fi comunicat în mod clar și concis motivele de respingere, autoritatea menționează că prin comunicarea rezultatului procedurii s-a precizat:

"În conformitate cu prevederile HG 395/2016, Comisia de evaluare a stabilit că, oferta depusă de asocierea ..... a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. 2 lit. b) din HG 395/2016 și, pe cale de consecință, a fost respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG 395/2016 ("Comisia de Evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.")

În conformitate cu prevederile art. 65 alin. (3) din HG 395/2016 privind achizițiile publice, Comisia de evaluare vă comunică motivele cu privire la aceasta decizie, după cum urmează:

Conform Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/ sectoriale emisă de ANAP:

"[...] pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către Ofertanți/ Candidați comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/ terț susținător/ asociat.

[...] [...] b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE: Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 9812016 [...] "Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu se îndeplinesc condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției. Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv, reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției".

întrucât, în formularele DUAE prezentate Asocierea ..... împreună cu subcontractanții săi nu au fost furnizate informații care să arate îndeplinirea următoarelor cerințe referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională: Cerința 2 și Cerința 3, iar Comisia de evaluare potrivit celor de mai sus nu a avut posibilitatea de a solicita clarificări, oferta dumneavoastră este inacceptabilă".

Așadar, autoritatea consideră că a comunicat în mod clar că asocierea nu a furnizat informații în DUAE care să arate îndeplinirea Cerințelor 2 și 3 referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională și că, potrivit Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/ sectoriale emisă de ANAP, pentru acest motiv nu se pot solicita clarificări.

Referitor la neîndeplinirea cerinței nr. 2, autoritatea susține că nici un asociat sau subcontractant nu a declarat cum îndeplinește cerința privind prestarea în ultimii 3 ani a serviciilor de proiectare a unui pod/pasaj/viaduct cu o deschidere de minim 50 m. De asemenea, autoritatea arată faptul ca în cadrul contestației ofertantul asociere face trimitere la documentația de atribuire aferenta contractului "Proiectare si execuției Autostrada Sebeș Turda - lot 4 km 53+700 - km 70+000 susținând că în cadrul acestui contract potrivit documentației de atribuire sunt prezentate pasaje cu deschidere mai mare de 50 m. În acest context se subliniază de către autoritate că ofertantul face o confuzie voita între documentația pe baza căreia s-a desfășurat licitația (documentație întocmita la faza SF .....), în cadrul căreia erau prevăzute pasaje cu o deschidere mai mare de 50 de m și documentația realizată în cadrul contractului de proiectare și execuție de către ..... în baza căreia se pune în operă lucrarea și care nu mai prevede niciun pod/pasai/viaduct cu o deschidere de minim 50 m. Se menționează faptul ca soluțiile proiectate de către ..... pentru structuri (pod/pasaj/viaduet) sunt diferite față de cele din documentația de atribuire, deschiderea maximă fiind de 40,75 m, așa cum rezultă din următoarele documente anexate:

- Document de avizare nr. 4397/19.09.2014 Autostrada Sebeș Turda - lot 4 - Proiect tehnic sector 5 - pag 6-7
- Document de avizare nr. 4432/05.02.2015 Autostrada Sebeș Turda - lot 4 - Proiect tehnic sectoarele 1, 2, 3, 4 și 6 - pag 9-13.

În concluzie, autoritatea a apreciat că ofertantul nu poate dovedi îndeplinirea cerinței nr. 2 cu serviciile de proiectare prestate în cadrul contractului de Proiectare și execuție Autostrada Sebeș Turda - lot 4.

Cât privește îndeplinirea cerinței nr. 3, autoritatea susține că nici un asociat sau subcontractant nu a declarat că dispune de laborator autorizat (de minim grad II) cu profilul G.T.F, - Geotehnica si Teren de Fundare, conform Ordinului Ministerului Dezvoltării si Turismului nr. 1497/2011.

Având in vedere cele precizate de ofertant in contestație cu privire la faptul ca a pus la dispoziția comisiei de evaluare adresa www.ggc.ro prin care se putea verifica existenta unei autorizații pentru laborator de grad II cu profilul G.T.F aparținând ..... și că, în speță, comisia de evaluare au fi putut verifica pe web site-ul ISC faptul ca ..... deține un laborator autorizat de grad II cu profilul G.T.F., autoritatea învederează că, pentru respectarea principiului tratamentului egal, rolul comisiei de evaluare nu poate fi acela de a completa ofertele depuse de operatorii economici in locul acestora. Mai mult, asocierea nu a făcut trimitere în DUAE depus la cerința privind laboratorul autorizat de grad II cu profilul G.T.F nici la web site-ul ISC si nici la adresa www.ggc.ro, astfel încât autoritatea să poată avea un indiciu în DUAE cu privire la deținerea unui laborator autorizat de gard II cu profilul G.T.F. sau cu privire la faptul ca îndeplinește cerința nr. 3 prin intermediul ..... și .....G. Totodată, autoritatea precizează că în DUAE depus de ..... și ..... nu se regăsesc informații că acești subcontractori îndeplinesc pentru ofertant Cerința nr. 3 privind laboratorul autorizat de grad II cu profilul G.T.F.

În concluzie, față de argumentele invocate, autoritatea solicită respingerea contestației depusă de asocierea ..... ca nefondată.

Cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, autoritatea contractantă a formulat punctul de vedere nr. 85443/03.11....., înregistrat la Consiliu sub nr. 46739/03.11..... Față de cele susținute prin contestație, autoritatea contractantă precizează că autorul contestației, în formularul DUAE Partea a IV: Criterii de selecție, Secțiunea C: Capacitatea Tehnică și Profesională a declarat că intenționează să subcontracteze o parte din contract, în procent de 31,71% către SC ..... SRL si 1,77% către Institutul de Arheologie Vasile Pârvan. În formularul DUAE în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic. Secțiunea C: Informații privind utilizarea capacității altor entități a completat "Da" și "..... SRL". În Secțiunea D: Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează SC ..... SRL a declarat ca subcontractant Institutul de Arheologie Vasile Pârvan. Autoritatea contractantă precizează că în documentele depuse de ofertant nu a fost identificat nici un acord ferm de susținere din partea unui terț, iar SC ..... SRL are acordul de subcontractare nr. 4 din 06-02..... cu SC ..... SRL. În consecință, prin adresa nr. 12B/5728/06.09....., autoritatea contractantă a solicitat ofertantului următoarea clarificare: "CLARIFICARE 3:

Având în vedere cele constatate, vă rugăm să clarificați dacă SC ..... SRL are și calitatea de terț susținător. De asemenea, vă rugăm să completați în "Secțiunea D: Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează" în mod corespunzător, prin declararea tuturor subcontractanților și retransmiterea formularului DUAE."

Ca urmare a analizării răspunsurilor formulate de contestator prin adresa nr. 2365/12.09....., autoritatea a constatat următoarele aspecte și a solicitat următoarea clarificare prin adresa nr. 12B/6171/15.09.....:

Constatare I

Analizând răspunsul la Clarificarea nr. 3 comisia a constatat ca operatorul economic ..... a declarat faptul ca SC ..... SRL este subcontractant pe ale cărui capacități se bazează pentru îndeplinirea cerințelor tehnice și profesionale, însă nu a modificat DUAE conform celor declarate, argumentând în acest sens.

Clarificare 1

Ținând cont de următoarele:

- în Secțiunea "C: Informații privind utilizarea capacității altor entități" se completează informații referitoare la terți susținători, însă conform răspunsului și informațiilor furnizate de SC ..... SRL, SC ..... SRL este subcontractant, acesta neîncadrându-se în aceasta secțiune;

- conform Legii nr 98/2016 art. 172 alin. (4) "*Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia in considerare capacitatea tehnica si profesionala a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens*."

Având în vedere prevederile art. 172 alin. 4 din Legea 98/2016 autoritatea a solicitat retransmiterea formularului DUAE completat corespunzător, prin eliminarea SC ..... SRL din cadrul secțiunii C.

Operatorul economic a transmis în SEAP răspunsul cu numărul 2466/19.09..... Ca urmare a analizării răspunsurilor formulate de SC ..... SRL prin adresa 2466/19.09..... autoritatea a constatat următoarele aspecte și a solicitat următoarea clarificare prin adresa nr. 12B/6513/22.09.....:

"Ca urmare a analizării DUAE și a răspunsurilor transmise, Comisia de evaluare a constatat următoarele aspecte:

A. CORESPUNZĂTOR FIȘEI DE DATE P. 21/24

„3. INFORMAȚII PRIVIND TERȚII SUSȚINĂTORI

Dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui/unor terți în vederea îndeplinirii unui/unor criteriu/criterii de calificare, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II Informații referitoare la operatorul economic, secțiunea C ”Informații privind utilizarea capacităților altor entități.

De asemenea, fiecare terț susținător va completa un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în:

- *partea II "Informații referitoare la operatorul economic" - secțiunea A "Informații privind operatorul economic " și B "Informații privind reprezentanții operatorului economic",*
- *partea III "Motive de excludere"*
- *partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Situația economică și financiară", în cazul in care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară.*

- partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala" - în situația în care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și sau profesională.

Nota 8: Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, va prezenta Angajamentul ferm privind susținerea acordată, documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigura îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament, precum și documentele justificative solicitate prin Fișa de date a achiziției pentru demonstrarea cerințelor privind situația economică și financiară sau, după caz, capacitatea tehnică.

4. INFORMAȚII PRIVIND SUBCONTRACTANȚII

În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II "Informații referitoare la operatorul economic", secțiunea D "Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează și partea IV "Criteriile de selecție " - Secțiunea C "Capacitatea tehnică și profesională".

De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în:

- partea II "Informații referitoare la operatorul economic " - secțiunea A "Informații privind operatorul economic " si B "Informații privind reprezentanții operatorului economic",

- partea III "Motive de excludere".

B. ULTERIOR PUBLICĂRII FIȘEI DE DATE, ANAP A EMIS NOTIFICAREA NR. 258 CARE MODIFICA NOTIFICAREA NR. 256/2016 CU PRIVIRE LA FIȘA DE DATE CARE REPREZINTĂ ERATA LA NOTIFICAREA ANAP NR. 256/2016 - FIȘA DE DATE - SECȚIUNEA III.2.1.A) CONFORM CĂREIA:

Formularea atenționării nr. 2 se va citi:

"Se vor depune, odată cu DUAE. următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.

Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE. atât ale ofertantului/candidatului cât si ale subcontractantului/terțului susținător. acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire."

De asemenea, Notificările ANAP nr. 256 și nr.258, referitoare la Fisa de date, precizează că:

„În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului/ subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va prezenta câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivii subcontractanți, completat și semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia.

Subcontractanții precizează în DUAE informațiile aferente criteriilor de calificare pe care le îndeplinește menționând numărul și data

contractului/acordului de subcontractare pentru partea propusă pentru subcontractare.

Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAE doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere."

C. Ofertantul:

a) a declarat ..... SRL ca subcontractant conform:

- acordului de subcontractare nr. 4 din 06.02..... cu SC ..... SRL,
- mențiunilor din formularul DUAE Partea IV, Secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională și
- procentului de subcontractare de 31,71%.

b) a declarat ..... SRL „ca entitate ale cărei capacități sunt utilizate pentru îndeplinirea unei cerințe de calificare", respectiv terț susținător.

Clarificare 1:

Având în vedere răspunsurile la solicitările de clarificare anterioare și formularul DUAE prezentat de către ofertant, precum si cele expuse mai sus, autoritatea a solicitat pentru contestator ca:

- în cazul în care ..... SRL este și subcontractant și terț susținător să transmită un „*angajament ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia. a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz*" conform Notificării ANAP nr. 258/2016 și în acord cu prevederile art. 182 alin (3) din Legea 98/2016 sau
- în cazul in care ..... SRL este numai subcontractant, SC ..... SRL va retransmite DUAE completat corespunzător, numai pentru calitatea de subcontractant a operatorului economic ..... SRL conform indicațiilor din fișa de date

Operatorul economic a transmis în SEAP răspunsul cu numărul 2549/27.09..... și a declarat că a depus:

- DUAE ofertant în care a declarat (în ordinea secțiunilor) ..... SRL ca (i) entitate ale cărei capacități le utilizează pentru îndeplinirea cerințelor (respectiv susținător) și (ii) subcontractant;
- DUAE subcontractant pentru ..... SRL, în care subcontractantul a declarat ca este atât subcontractant, cât și susținător pentru ofertantul ..... SRL, cu prezentarea acordului de subcontractare;
- nu a fost și nu este cazul de a prezenta un angajament de susținere, conform celor ce urmează:

„Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire."

Răspuns - Ofertantul ..... SRL a răspuns cererilor de clarificare pe aceasta tema".

Autoritatea contractantă precizează că ofertantul contestator consideră că, în ciuda solicitării de a prezenta un angajament ferm de

susținere din partea terțului, în reglementările legislative ”NU se precizează nimic în legătură cu o obligație a subcontractanților care îndeplinesc o cerința de calificare de a prezenta SI Angajament de susținere”. Totodată contestatorul a declarat că "în concluzie, față de Clarificarea 1 ..... SRL reiterează că:

- ..... SRL este subcontractant și terț susținător in procedură,

- Documentele și clarificările prezentate sunt în conformitate cu reglementările legale;

- NU este cazul de a se prezenta angajament ferm din partea ..... SRL"

Autoritatea mai arată că în cadrul răspunsului, ofertantul contestator a transmis DUAE revizuit pentru SC ..... SRL, în care operatorul economic a specificat în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, Secțiunea A: Informații privind operatorul economic în spațiul rezervat completării Formei de participare: „Răspuns: subcontractant (Acord de subcontractare nr. 4 din data de 06.02.....) și terț susținător pentru ..... SRL".

Având în vedere răspunsul ofertantului SC ..... SRL autoritatea contractantă a considerat oferta acestuia ca inacceptabilă, încadrându-se în prevederile articolului 134 alin. (5) din Legea 98/2016 întrucât nu a răspuns la solicitarea cu privire la prezentarea Angajamentului Ferm de susținere din partea terțului susținător.

În susținere, autoritatea contractantă arată că nu a putut reține afirmația ofertantului contestator, respectiv că "*NU este cazul de a se prezenta angajament ferm din partea ..... SRL*", deoarece:

1. având în vedere modul de completare al formularului DUAE depus inițial in SEAP în care ofertantul ..... SRL în Partea a IV: Criterii de selecție, Secțiunea C; Capacitatea Tehnică și Profesională declară că intenționează să subcontracteze o parte din contract în procent de 31,71% către S.C. ..... S.R.L, iar în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, Secțiunea C: Informații privind utilizarea capacității altor entități a completat "Da" și "..... SRL", precum și faptul că în documentele depuse de ofertant a fost identificat acordul de subcontractare nr. 4 din 06.02..... cu SC ..... SRL, dar nu s-a regăsit nici un acord ferm de susținere din partea unui terț, comisia de evaluare a solicitat Ofertantului prin adresa 12B/5728/06.09..... să clarifice dacă S.C. ..... SRL are și calitatea de terț susținător, completarea corespunzătoare și retransmiterea formularului DUAE;
2. operatorul economic, în răspunsul său nr. 2365/12.09....., la solicitarea menționată mai sus, a declarat că ..... SRL este subcontractant „entitate-subcontractor".

În cadrul DUAE retransmis în Partea a IV: Criterii de selecție. Secțiunea C: Capacitatea Tehnică și Profesională, ... SRL declară că intenționează să subcontracteze o parte din contract în procent de 31,71% către SC ..... SRL și a menționat ca îndeplinește cerințele 3, 4 si 5 prin subcontractor, iar în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, Secțiunea C: Informații privind utilizarea capacității altor entități a completat "Da" și "..... SRL".

3. Potrivit fișei de date

4. *INFORMAȚII PRIVIND TERȚII SUSȚINĂTORI*

Dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui/unor terți în vederea îndeplinirii unui/unor criteriu/criterii de calificare, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II Informații referitoare la operatorul economic, secțiunea C "Informații privind utilizarea capacităților altor entități.

De asemenea, fiecare terț susținător va completa un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în:

- *partea II "Informații referitoare la operatorul economic" - secțiunea A "Informații privind operatorul economic " și B "Informații privind reprezentanții operatorului economic",*
- *partea III "Motive de excludere"*
- *partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Situația economică și financiară", în cazul in care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară.*
- *partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala" - în situația în care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și sau profesională.*

Nota 8: Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, va prezenta Angajamentul ferm privind susținerea acordată, documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigura îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament, precum și documentele justificative solicitate prin Fișa de date a achiziției pentru demonstrarea cerințelor privind situația economică și financiară sau, după caz, capacitatea tehnică."

Autoritatea subliniază că în accepțiunea ofertantului prezentată în adresa nr. 2365/12.09..... completarea DUAE a avut în vedere faptul că:

„a. Partea II, secțiunea C Informații privind utilizarea capacității altor entități" se refera la:

Terți susținători propriu-zisi entități care prezintă angajament de susținere și care intervin în contract numai în situația în care ofertantul întâmpina dificultăți.

Subcontractanți pe a căror capacitate ofertantul se bazează și care pe lângă faptul ca oferă susținere în condițiile arătate mai sus, participă efectiv în contract, îndeplinind obligații/sarcini în relație cu obiectul/cerințele pentru care au oferit susținere.

Astfel, la aceasta secțiune ofertantul a înscris în DUAE operatorul economic ..... SRL (ca entitate-subcontractor pe a cărui capacitate profesională ofertantul se bazează pentru îndeplinirea unei cerințe privind capacitatea profesională."

Astfel, autoritatea concluzionează că ofertantul a interpretat într-o maniera proprie completarea DUAE Partea II, secțiunea C Informații privind utilizarea capacității altor entități, fără a ține seama de indicațiile din fișa de date a achiziției.

În continuare autoritatea contractantă precizează că urmare a răspunsului ofertantului nr. 2365/12.09..... la solicitarea de clarificare nr.

12B/5728/06.09....., și având in vedere prevederile art. 196 alin. 1 din Legea 98/2016, a solicitat operatorului prin adresa nr. 12B/6171 / 15.09..... următoarele: "Analizând răspunsul la Clarificarea nr. 3 comisia constată ca operatorul economic ..... declară faptul ca SC ..... SRL este subcontractant pe ale cărui capacități se bazează pentru îndeplinirea cerințelor tehnice si profesionale, însă nu a modificat DUAE conform celor declarate, argumentând in acest sens. Având în vedere prevederile articolului 172 alin. 4 din legea 9812016 comisia solicita retransmiterea formularului DUAE completat corespunzător, prin eliminarea SC ..... SRL din cadrul secțiunii C."

Prin adresa nr 2466/19.09..... ofertantul a răspuns că:

"*Așa cum reiese din punctul de vedere ANAP:*

- *subcontractanții pot îndeplini cerințe de calificare*
- *în acest caz îndeplinesc în calitate de terți susținători, fără a fi însă nevoie de angajament de susținere și de DUAE în calitate de terț.*

Prin faptul ca îndeplinește si calitatea de tert, un subcontractant nu își poate pierde calitatea de subcontractant pentru care a și depus acordul de subcontractare.

Ca atare, chiar și în interpretarea comisei de evaluare, conform căreia Secțiunea C din Partea a II ar fi dedicată exclusiv terților, ... SRL are si calitatea de terț, conform celor precizate mai sus si includerea în Secțiunea G Partea II este justificată.

În concluzie

a) ..... SRL TREBUIE DECLARAT SI inclus in DUAE de către ofertant ca subcontractor ale cărui capacități sunt utilizate de ofertant pentru a îndeplini cerințe de calificare (în stricta conformitate și cu Notificarea ANAP 256 cu privire la „ Subcontractare ")

b) în aceste condiții subcontractantul ..... SRL are și calitatea de terț-susținător

c) ..... SRL a fost inclus în cadrul secțiunii C în baza calității sale de terț susținător (în acord chiar și cu o interpretare restrictivă a termenului de entitate) și totodată a fost inclus în DUAE în partea IV secțiunea C, la informația cu privire la intenția ofertantului de a subcontracta o parte din contract

d) includerea ..... SRL în DUAE ofertant atât ca terț susținător cât și ca subcontractant este în acord cu DUAE prezentat de către ..... SRL, operator economic care și-a declarat in raport cu ofertantul ..... SRL atât calitatea de subcontractant cât și pe aceea de terț susținător

Eliminarea ..... S.R.L. din secțiunea C Partea II lasă descoperită problema îndeplinirii de către ofertant a cerințelor de calificare, problemă care nu este acoperită fără echivoc de prevederile art. 172 din Legea 98/2016, invocate de comisia de evaluare, pentru că luarea în considerare a capacității tehnice a subcontractantului poate avea două sensuri:

a) capacitatea tehnică și profesională pentru partea de implicare în contract, ca garanție a îndeplinirii obligațiilor pe care și le asumă subcontractantul (sensul art. 172) și

b) capacitatea tehnică și profesională în sensul experienței, utilizată de ofertant pentru îndeplinirea unei cerințe de calificare (ceea ce nu rezultă explicit din textul art. 172).

În aceste împrejurări, ofertantul nu poate elimina ..... SRL din cadrul Secțiunii C și considerăm că ofertantul ..... SRL a întocmit și prezentat DUAE în conformitate cu normele legale, respectiv:

a) a declarat intenția de a subcontracta o parte din contract (subcontractare) Partea IV, Secțiunea C;

b) a declarat entitate ale cărei capacități sunt utilizate pentru îndeplinirea unei cerințe de calificare (calitate de terț susținător) Partea II, Secțiunea C".

Urmare răspunsului ofertantului nr 2466/19.09..... la solicitarea de clarificare nr. 12B/5728/06.09..... și având în vedere:

- Notificarea ANAP 258/..... care reprezintă Erata la Notificarea ANAP nr. 256/2016 - FIȘA DE DATE - secțiunea III 2.1. a) care prevede că:

"...*Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.*

Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire."

- prevederile art. 196 alin 1 din Legea 98/2016
- prevederile art. 209 alin 1 din Legea nr. 98/.....
- faptul că speța prezentata de ofertant din Biblioteca de spete a ANAP se refera la o altă situație decât cea de față,

autoritatea a solicitat operatorului economic prin adresa 12B/6513/22.09..... următoarele:

"*În cazul in care ..... SRL este si subcontractant și terț susținător să transmită un «angajament ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere după caz» conform Notificării ANAP 258/2016 și în acord cu prevederile art. 182 alin (3) din Legea 98/2016 sau*

- în cazul in care ..... SRL este numai subcontractant, SC ..... SRL va retransmite DUAE completat corespunzător, numai pentru calitatea de subcontractant a operatorului economic ..... SRL conform indicațiilor din fișa de date - p. 22".

În urma analizării răspunsului ofertantului cu nr. 2549/27.09....., autoritatea a constatat că ofertantul a declarat ..... SRL terț susținător și subcontractant menționând acest aspect în DUAE, însă nu a transmis Angajament ferm considerând ca: "NU este cazul de a se prezenta angajament ferm din partea ..... SRL" și că acest fapt este confirmat de o speță regăsită în Biblioteca de spețe a ANAP. Autoritatea opinează că argumentul ofertantului nu poate fi luat in considerare întrucât speța prezentată de acesta este diferita de cea prezentă, iar ANAP a publicat Notificarea ANAP 258/..... care clarifica faptul ca "Se vor depune, odată ca DUAE- următoarele documente: angajamentul ferm al terțului

susținător ". În acest sens autoritatea învederează că în cazul în care Angajamentul ferm nu este prezentat, autoritatea contractanta nu ar avea posibilitatea de a-si proteja interesele potrivit art. 37.1, 37.2, 37.3 si 37.4 din contractul de servicii publicat în SEAP și ale art. 184 din Legea 98/....., respectiv art. 50 alin (2) din HG 395/..... întrucât subcontractantul răspunde numai în fata ofertantului, pe când terțul susținător răspunde și în fața autorității contractante.

Pentru toate cele precizate autoritatea solicită respingerea contestației depusă de SC ..... SRL.

Prin adresa nr. 85444/03.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 46741/03.11....., ... SA, în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ……, precizând că, întrucât Scrisoarea de garanție de participare conținea unele omisiuni față de Formularul B publicat de autoritatea contractantă în SEAP în data de 03.02..... în cadrul documentului "Modificări și completări ale documentației de atribuire, cu excepția anunțului de participare" (Modificări si completări ale DA GP Nota PT ([CN171707/024] Modificări si completări ale DA GP Nota PT.pdf.p7s), a solicitat ofertantului cu adresa nr. 12B/3587/10.07..... următoarea clarificare:

"1*. Având în vedere ca formularul transmis de dvs. conține mai multe omisiuni, Comisia de evaluare vă solicită retransmiterea Formularului B sau un amendament la Scrisoarea de Garanție de participare în așa fel încât să se respecte forma și conținutul Formularului B publicat de Autoritatea Contractantă în SEAP.*

2. Vă rugăm să ne transmiteți dovada plății primei de asigurare astfel încât să fie vizibil întregul ordin de plata precum si viza băncii.

3. De asemenea, având în vedere prevederile art. 123 alin (4), vă solicităm să transmiteți originalul Garanției de Participare împreună cu originalul eventualului amendament aferent acesteia, precum și cu originalul Poliței de Asigurare până la data de 17.07..... ora 12:00 la sediul …….. menționat în Fisa de Date."

Asocierea contestatoare a transmis răspunsul solicitat în termen, în SEAP fiind încărcate următoarele documente: act adițional nr. 1/12.07..... la scrisoarea de garanție de participare nr. 0160222 prin care aceasta a fost corectata conform solicitărilor comisiei; dovada plății primei de asigurare având viza băncii.

Prin adresa nr. 92/52414/14.07....., ofertantul a transmis în original următoarele documente:

- garanția de participare nr. 0160222
- polița nr. 0160222 aferenta garanției de participare
- actul adițional nr. 1 din 12.07..... la polița nr. 0160222, act adițional prin care înlocuiește biletul la ordin avalizat seria RNCR3AX nr. 0399660 emis în data 06.07..... pentru GP nr. 57435 cu biletul la ordin avalizat seria RNCB3AX nr. 0399667 emis in data 06.07..... pentru GP nr. 0160222, număr care corespunde Garanției de Participare depusă pentru aceasta procedură.

Întrucât în documentele transmise în original nu a găsit actul adițional nr. 1/12.07..... la scrisoarea de garanție de participare nr. 0160222,

autoritatea a considerat că ofertantul nu a răspuns concludent, netransmițând toate documentele solicitate în original.

În plus, se precizează că reprezentanții ANAP în cadrul Procesului Verbal al Comisiei de evaluare nr. 1, înregistrat cu nr. DAIR 12B/3562/10.07..... au formulat următoarea observație: "Recomandăm Autorității Contractante solicitarea scrisorilor garanțiilor de participare depuse de ofertanți și în original având în vedere că toate ofertele au fost depuse integral în SEAP, conform solicitărilor din documentația de atribuire, dar pentru protejarea autorității, în cazul în care ar fi incidentă vreuna din situatiile ce pot duce la executarea scrisorii de garanție de participare, autoritatea trebuie să fie în posesia scrisorilor în original. Cu toate că acest lucru nu a fost specificat în documentația de atribuire, aceasta situație este prevăzută și permisă la art. 123 (4) din HG 395/2016".

Autoritatea arată că a hotărât să se conformeze acestei observații a reprezentanților ANAP pentru evitarea riscului semnalat. Drept urmare, admițând că Scrisoarea de Garanție de participare care poate fi executată este cea în original, autoritatea a constatat că fără amendamentul solicitat în original prin scrisoarea de clarificare, Scrisoarea de Garanție de participare în original transmisă nu respectă Formularul B publicat în SEAP (atât ca formă cât și ca fond) și nici prevederile HG nr. 395/2016, practic autoritatea contractantă nefiind în posesia unei Scrisori de Garanție în original conforma cerințelor. În plus, autoritatea arată că, pe lângă prevederile lipsă față de Formularul B publicat în documentația de atribuire, valabil pentru toți ofertanții, garanția prezentată în original de SC ..... SRL – …… – ……. face trimitere la HG nr. 394/2016, în condițiile în care prezenta procedură se desfășoară potrivit prevederilor HG nr. 395/2016 si Legii nr.98/2016. În opinia autorității, solicitarea din nou a aceluiași document ar fi însemnat nerespectarea principiului tratamentului egal, în condițiile în care alți ofertanți au prezentat documentele solicitate. De asemenea acceptarea Scrisorii de Garanție de participare așa cum a fost transmisă în original și fără a cere corectarea acesteia, ar fi dus la situația în care autoritatea contractantă ar fi deținut o Scrisoare de Garanție in original incompletă și incorectă și care nu poate fi executată, ceea ce ar fi însemnat expunerea autorității contractante la riscul semnalat de ANAP. Se menționează că în momentul solicitării scrisorii de garanție în original și a documentelor aferente, ofertantul nu a contestat solicitarea de clarificare.

În concluzie, autoritatea a considerat oferta inacceptabilă, întrucât răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări a fost neconcludent, ofertantul netransmițând toate documentele solicitate în original, motiv pentru care a respins-o potrivit art. 137 alin. (1).

Prin adresa nr. 46560/..... ...../ 02.11....., Consiliul a solicitat …….. un punct de vedere cu privire la excepția de tardivitate invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 85227/02.11.....

Față de solicitarea Consiliului …….. răspuns prin adresa nr. 053/BD100/17/06.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 47042/06.11..... solicitând ca, față de corespondențele și documentele emise în cadrul prezentei proceduri cu privire la asocierea …… – …… –

……. să se admită principiul contradictorialității, astfel încât judecata să nu prejudicieze interesul asocierii care ar putea rezulta din prezenta procedură, având în vedere depunerea ofertei, dar și ca autoritatea contractantă să nu demareze o procedură de achiziție publică viciată, datorită unei evaluări incorecte față de oferta depusă de asocierea ……. – ……. – ……..

Contestatorul învederează că, faptul că autoritatea contractantă, face referire la dispozițiile art. 8 din Legea 101/2016, rezultă că aceasta nu a luat în considerare pe de o parte faptul că următoarele zile după primirea Informării evaluării DUAE, respectiv 07.10..... - 08.10..... sunt zile nelucrătoare și anume sâmbăta, duminica, care, în opinia acestuia, nu ar trebui luate în considerare și în consecință termenul legal de depunere a contestației fiind 01.11..... Acesta critică faptul că în punctul de vedere înaintat prin adresa nr. 92/85227 din 02.11....., autoritatea omite să facă referire inclusiv la faptul că asocierea a retransmis în data de 24.10..... în mod oficial, cu adresa de înaintare, Notificarea prealabilă.

Având în vedere cele anterior expuse, se solicită respingerea excepției de tardivitate invocată de autoritatea contractanta, luând în considerare demersurile asocierii, inclusiv prin retransmiterea notificării Prealabile in data de 24.10.....

În opinia contestatorului faptul că autoritatea nu a răspuns la Notificarea prealabilă nr. 042/BD100/17 transmisa in data de 16.10..... si retransmisa in data de 24.10....., arată lipsa de interes a acesteia de a realiza o procedura de evaluare corectă și legală.

Prin adresa nr. 0044E/08.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 47564/08.11....., SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ……. – …… formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Astfel, contestatorul arată că, așa cum chiar autoritatea admite (pagina 3 alineatul 3 din punctul de vedere), pretenția sa privind depunerea în original a scrisorilor de garanție de participare nu constituie o prevedere a documentației de atribuire și, în consecință, nu constituie o obligație pentru ofertanți. În opinia acestuia, raportul juridic dintre ofertanți și autoritate este stabilit prin legislația specială a achizițiilor publice și prin prevederile documentației de atribuire, or, în cazul acestei proceduri de atribuire nicio prevedere a documentației de atribuire nu statuează în sarcina ofertanților obligația depunerii în original a scrisorii de garanție de participare. Totodată, contestatorul reiterează faptul că însăși temeiul legal al solicitării autorității contractante de prezentare în original a Scrisorii de garanție de participare și a Actului adițional nr. 1 la aceasta, cu referire la prevederile art. 123 alin. (4) din HG nr. 395/2016, nu este numai eronat, ci reprezintă o încercare de eludare si distorsionare a voinței exprese a legiuitorului.

În susținere, se menționează că Scrisoarea de garanție de participare nu constituie un înscris cu regim special, solicitarea originalului acestor înscrisuri fiind în conflict cu voința expresa a legiuitorului, care a revenit asupra importanței date originalului acestor înscrisuri, eliminând din legislație o astfel de obligație. Invocarea prevederilor art. 123 alin. (4) din

HG nr. 395/2016 în privința originalului scrisorilor de garanție de participare constituie o flagrantă încercare a autorității contractante de a eluda prevederile punctului 4 din HG nr. 866/2016, care abroga prevederile art. 36 alin. (7) din HG nr. 395/2016. Contestatorul consideră că, în speță, autoritatea, procedează la o interpretare extensiva a unei alte prevederi legale, cu referire la prevederile art. 123 alin. (4) din HG nr. 395/2016, astfel încât propria voință a autorității să prevaleze față de voința clară și expresa a legiuitorului. Acesta subliniază că autoritatea nu a răspuns acestor critici prin punctul de vedere formulat.

Față de afirmația autorității potrivit căreia, solicitarea scrisorii de garanție, în original, ar fi justificată din perspectiva unui pretins risc la care se supune, contestatorul consideră că, în fapt, autoritatea, prin conduita sa, susține că are dreptul legal de a corecta propria eroare, constând in neprecizarea în documentația de atribuire a unei astfel de obligații, prin exercitarea abuzivă a unor prevederi legale si prin ignorarea altora, incidente. Concret, contestatorul precizează că legiuitorul statuează in sarcina autorităților contractante o serie de garanții pe care acestea și le pot lua, însă stabilește și faptul că, în măsura în care acestea vor să uziteze de astfel de garanții, au obligația legală de a le insera în documentația de atribuire. În acest context, se afirmă că eroarea autorității, constând în neinserarea în documentația de atribuire a obligației de prezentare a originalului acestor înscrisuri nu poate fi corectată nici prin aplicarea unor texte de lege neincidente, cu referire la prevederile art. 123 alin. (4) din HG nr. 395/2016, si nici prin nesocotirea voinței exprese a legiuitorului, exprimată prin prevederile punctului 4 din HG nr. 866/2016.

Mai departe, cu privire la susținerea autorității referitoare la imposibilitatea executării Scrisorii de garanție, în lipsa originalului, contestatorul arată că, potrivit prevederilor cap. 8 din Polița de Asigurare de Garantie, o astfel de obligație de prezentare a originalului, în scopul plății îndemnizației de asigurare, nu există. Astfel, prevederile art. 8.1 stabilesc cu claritate care vor fi demersurile autorității contractante în vederea încasării îndemnizației de asigurare în ipoteza unei conduite necorespunzătoare a ofertantului, iar printre aceste condiții, contractual asumate de către asigurator, entitatea care urmează a verifica îndeplinirea condițiilor contractuale și a face plata îndemnizației, nu se află și obligația prezentării în original a scrisorii de garanție de participare.

Contestatorul învederează că prin adresa nr. 92/77.891/11.10....., anexată răspunsului la punctul de vedere, autoritatea contractantă a solicitat depunerea în original a acestor înscrisuri, iar la data de 06.11....., prin adresa înregistrată la autoritate sub nr. 86.579, asocierea a depus autorității, în original, toate înscrisurile solicitate, cu consecința că ”îngrijorarea” autorității, privind pretinsa imposibilitate de executare a Scrisorii de garanție, este la acest moment rămasă fără obiect.

Prin adresa nr. 3046/09.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 47848/10.11....., SC ..... SRL formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante arătând că din cele menționate în cuprinsul punctului de vedere, se desprinde aceeași concluzie, enunțată și

în contestație, și anume faptul că CNAIR refuză punerea în aplicare a prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Astfel, nu se face nicio referire la faptul că, în acest caz, subcontractantul va prezenta și DUAE în calitate de terț susținător. În opinia contestatorului, documentele relevante sunt cele care dovedesc capacitatea tehnică și profesională prin care se îndeplinește o cerință. Mai mult, ... susține că autoritatea refuză aplicarea instrucțiunilor ANAP din Notificarea 240/2016 (Ghid utilizare DUAE) și nu recunoaște faptul că entitățile menționate în cadrul secțiunii C, pe a căror capacitate se poate baza ofertantul, sunt terți susținători sau subcontractanți, solicitând, total neîntemeiat și abuziv, eliminarea ..... SRL din aceasta secțiune. De asemenea, contestatorul subliniază că autoritatea contractantă refuză să ia act de interpretarea ANAP conform căreia "un subcontractant pe a cărui capacitate se bazează ofertantul nu va depune nici DUAE în calitate de terț susținător nici angajament de susținere". Se învederează că nici art. 172 alin. (4), nici Notificarea ANAP 240/2016, nici punctul de vedere ANAP cu privire la acceptarea și luarea in considerare a capacității tehnice și profesionale a subcontractanților nu condiționează acest lucru de prezentarea unui angajament de susținere din partea subcontractantului.

Totodată, contestatorul atrage atenția asupra faptului că autoritatea contractantă invocă în punctul de vedere, cu totul scos din context, obligația unui terț susținător propriu-zis de a prezenta DUAE, ignorând faptul că, in acest caz, "terțul susținător" este de fapt subcontractantul ..... SRL pe a cărui capacitate ofertantul se bazează și ca acesta a prezentat atât DUAE, cât și acordul de subcontractare. În plus, autoritatea contractantă ignoră contradicția evidentă care ar lua naștere între un acord de subcontractare și un angajament de susținere, în cazul în care ambele documente ar fi prezentate de același operator economic și pentru același obiect.

O altă critică a contestatorului ce vizează susținerile autorității contractante din punctul de vedere se referă la faptul că aceasta invocă imposibilitatea de a-si proteja interesele, potrivit Contractului de servicii, art. 37.1, 37.2, 37.3, si 37.4, în cazul în care subcontractantul ..... SRL nu prezintă angajament de susținere (pag. 8). Față de această susținere a autorității, contestatorul precizează că prevederile articolelor din Contract la care face referire autoritatea contractantă nu fac decât să accentueze incompatibilitatea și absurdul existenței concomitente a unui acord de subcontractare și a unui angajament de susținere, emise si prezentate de același operator economic, pentru același obiect, toate generate de angajamentul unui operator economic ca, în caz de proprie dificultate, va interveni pentru îndeplinirea obligațiilor pe care el însuși si le-a asumat prin contractul de servicii (subcontractare). De asemenea se arată că nu exista nicio prejudiciere a intereselor autorității contractante atât timp cât acordul de subcontractare este anexă la contractul de achiziție și are la bază clauzele contractului de achiziție. Se susține că nu este clar de ce autoritatea contractantă se simte mai protejată și mai are nevoie și de un angajament de susținere atât timp cât:

- operatorul economic în cauza (subcontractantul) prezintă un contract de subcontractare, acceptat în fapt de autoritatea contractantă si se implică direct de îndeplinirea contractului de achiziție publică;
- "intervenția" terțului (unul și același operator economic cu subcontractantul) s-ar materializa tot într-un contract de servicii, care este deja semnat (contractual de subcontractare).

Având în vedere cele anterior menționate, contestatorul solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 063/BD 100/17/24.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 50379/24.11....., ……., în calitate de lider al asocierii …… – …….. – ……. formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului.

Referitor la susținerile autorității contractante cu privire la primul motiv de respingere a ofertei ....., contestatorul face următoarele precizări:

1. conform contractului de servicii încheiat intre ..... și ....., beneficiarul serviciilor prestate de ....., este .....
2. ..... in calitate de beneficiar putea solicita orice soluții tehnice pentru obiectivul *„Proiectare si execuție autostrada Sebeș - Turda -Lot 4- Proiect tehnic, detalii de execuție*", inclusiv la orice faza de proiectare Revizuire Studiu de Fezabilitate, Proiect tehnic, detalii de execuție.
3. ipotetic vorbind, ... putea să ii solicite ....., soluții tehnice pentru poduri/pasaje/viaducte, cu deschidere mai mare de 100m, inclusiv la fazele de proiectare Revizuire Studiu de Fezabilitate, Proiect tehnic, detalii de execuție, întrucât prin legislația în vigoare, inclusiv HG nr. 28/2008, nu este impus nicăieri prin lege, si nici nu se limitează faptul că aceste studii/servicii de proiectare pot fi solicitate numai de către beneficiarul final .....
4. în raport cu proiectul „Proiectare și execuție autostrada Sebeș - Turda - Lot 4 - Proiect tehnic, detalii de execuție", care de altfel a fost prezentat de ....., în DUAE la faza de ofertă, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de experiență similară, pentru acesta ..... a proiectat inclusiv faza de Revizuire Studiu de Fezabilitate, pentru poduri/pasaje/viaducte cu deschideri mai mari de 50m, de care chiar și autoritatea contractantă a avut cunoștința, chiar prin documentele de ofertare depuse în cadrul procedurii *„Proiectare si execuție autostrada Sebeș - Turda - Lot 4 - Proiect tehnic, detalii de execuție*", și in baza cărora (a soluțiilor tehnice prezentate) a atribuit contractul de proiectare si execuție PORR.
5. prin legislația în vigoare soluțiile tehnice și fazele de proiectare, inclusiv Revizuire Studiu de fezabilitate, nu sunt limitat a fi prezentate doar în cadrul documentațiilor tehnice de proiectare, ale contractelor de servicii, acestea putând fi prezentate, inclusiv ca documentație tehnică care sa aparțină chiar și propunerii tehnice depuse la faza de ofertare.

Cât privește îndeplinirea cerinței nr.3 din fișa de date, contestatorul reiterează cele precizate în cuprinsul contestației.

Față de cele constatate ca urmare a studierii dosarului cauzei, contestatorul precizează că potrivit PV de evaluare nr. 9, …..a solicitat clarificări cu privire la DUAE prezentat de ....., inclusiv solicitarea unui nou document al ....., suplimentar - angajamentul de terț susținător,

inclusiv solicitări cu privire la deschiderea podului/pasajului /viaductului; solicitare asocierea ….. pentru noi documente, inclusiv acordurile de subcontractare

În opinia contestatorului, față de aceste documente și solicitări, ……. a încălcat prevederile legislative în materia achizițiilor publice, întrucât a solicitat ....., inclusiv un document suplimentar - angajament de terț susținător, deși aceasta calitate nu se regăsea în nici unul din documentele prezentate de acesta. Iar, speța similară respingerii ofertei ……., …….. a considerat în cazul asocierii ..... solicitarea de clarificări cu privire la acest aspect la faza DUAE, pe când asocierea …… a fost respinsă.

Totodată, conform PV de evaluare nr. 8 și PV de evaluare nr. 7, ... a solicitat clarificări asocierii ..... cu privire la laboratorul autorizat, dacă acesta este autorizat gradul II. Totodată, asocierii ..... i-au fost solicitate DUAE revizuit/clarificări cu privire la neîncadrarea în situațiile menționate în secțiunea C: Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale, întrucât acesta a răspuns „DA", inclusiv faptul ca din DUAE nu rezultă îndeplinirea cerinței capacității de forare. Față de acest aspect, contestatorul consideră că .....a încălcat principiul tratamentului egal cu privire la laboratorul autorizat, la faza DUAE, inclusiv cu privire la situațiile menționate în secțiunea C: Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale, întrucât acesta a răspuns „DA", inclusiv nu erau menționate informații cu privire la cerința capacității de forare, așa cum și ..... menționează în PV nr. 8 *„din care nu este îndeplinita capacitatea de forare”*.

Având în vedere cele anterior arătate, contestatorul învederează ca autoritatea contractantă a ales să solicite la unii ofertanți clarificări cu privire la aspectele mai sus menționate, inclusiv pentru aspecte similare pentru care oferta ..... a fost respinsă.

Pentru toate cele menționate, se solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 95267/04.12....., înregistrată la Consiliu sub nr.51711/05.12....., ... SA, în calitate de autoritate contractantă formulează răspuns la concluziile scrise depuse de ……...

Astfel, referitor la motivele pentru care oferta depusă de ..... SRL a fost considerata inacceptabilă autoritatea face următoarele precizări:

1. în cadrul DUAE prezentat de ofertant, acesta nu a precizat cum îndeplinește Cerința 2, informațiile completate în DUAE nedemonstrând îndeplinirea Cerinței 2, fiind relevante numai pentru îndeplinirea Cerinței 1. Autoritatea subliniază că ofertantul nu a menționat nicăieri în cadrul DUAE faptul că Cerința 2 este îndeplinită tot cu ajutorul acestui proiect, nefiind menționat nici un aspect referitor la structuri (pod/pasaj/viaduct). Ținând cont de faptul că, de regulă, acest tip de contract ar fi putut conține și lucrări de structuri și de faptul că .....este beneficiarul proiectului, comisia de evaluare a verificat în documentele interne dacă în cadrul contractului specificat de ofertant au fost proiectate structuri care să corespundă Cerinței Tehnice 2. În urma verificărilor efectuate cu privire la acest contract, autoritatea a luat în considerare doar fazele de proiectare care se regăsesc în cadrul acestuia, și care corespund Cerinței 2, constatându-se că singura fază ce corespunde ambelor cerințe este faza proiect tehnic. Astfel, a reieșit că în cadrul contractului, la faza "Proiect

Tehnic", nu au fost proiectate structuri care să corespundă Cerinței 2, în acest sens comisia atașând documentul de avizare al acestei faze de proiectare din care reiese clar acest fapt.

2. Cât privește îndeplinirea cerinței nr. 3, autoritatea a constatat că nici un asociat sau subcontractant al ofertantului asociere ....., ..., ... nu a menționat în DUAE nici o informație referitoare la laborator, care eventual să poată face obiectul unor clarificări. Ținând cont de acest fapt, autoritatea precizează că nu avea posibilitatea să solicite clarificări referitoare la o informație neprezentată.

În ceea ce privește respectarea principiului tratamentului egal pe parcursul procesului de evaluare, criticat de asociere, ca urmare a studierii documentelor din dosarul achiziției, autoritatea menționează:

- referitor la punctul 1 invocat de ofertant la pagina 5 din concluziile scrise, cu privire la DUAE depus de ....., solicitările de clarificare au fost realizate strict pe baza informațiilor prezentate în DUAE și a răspunsurilor transmise de ofertant. Posibilitatea solicitării angajamentului de susținere este prevăzuta atât în fișa de date a achiziției cât și în Notificarea ANAP drept clarificare de formă.
- referitor la punctul 2 invocat de ofertant la pagina 5 din concluziile scrise, cu privire la DUAE depus de asocierea ..... solicitarea de clarificare privind gradul laboratorului și capacitatea de forare a fost realizată pe baza informațiilor deja furnizate de ofertant în DUAE, răspunsul la clarificări completând informațiile furnizate inițial de către ofertant.

Prin adresa nr. 54358/..... ...../20.12..... Consiliul a solicitat ..... să precizeze dacă, urmare a adresei nr. 92/77.891/11.10....., SC ..... SRL a depus în data de 06.11....., în original, toate documentele solicitate, așa cum acesta susține în adresa nr. 004E/08.11....., înregistrată la Consiliu sub nr.47564/08.11.....

Autoritatea a răspuns la solicitarea Consiliului prin adresa nr. 99624/20.12....., înregistrată la Consiliu sub nr. 54577/..... precizând că urmare a solicitării de clarificare nr. 3587/10.07..... prin care se solicita asocierii ..... S.R.L. - ..... - ..... transmiterea în original a Garanţiei de Participare la licitație, corectată, ofertantul a transmis, în original, numai următoarele documente:

- Poliţa de asigurare nr. 0160222/06.07.....
- Scrisoarea de garanţie nr. 0160222/06.07..... (cea iniţiala, necorectată)
- Act Adiţional nr.1/12.07..... la Poliţa de asigurare nr. 0160222/06.07.....

Autoritatea învederează că acesta nu a trimis în original, în termenul acordat pentru răspuns, actul adiţional nr. 1/12.07..... la Scrisoarea de Garanţie de participare nr. 0160222/06.07..... prin care s-a corectat Garanţia de participare, acest amendament fiind transmis de către ofertant numai în SEAP.

În data de 11.10..... asocierea ..... S.R.L. - ..... - ..... a transmis o notificare de contestație ca urmare a primirii rezultatului finalizării etapei DUAE.

În data de 11.10....., prin adresa nr. 92/77891/11.10..... autoritatea a solicitat tuturor ofertanţilor, extinderea termenului de valabilitate aferent ofertei și garanţiei de participare pentru procedura de achiziţie publică având ca obiect "....." și transmiterea acesteia în original.

Având în vedere notificarea de contestație depusă de asocierea ..... S.R.L. - ..... - ..... autoritatea a solicitat inclusiv asocierii extinderea termenului de valabilitate aferent ofertei și garanţiei de participare pentru procedura de achiziţie publică.

Ca urmare a acestei solicitări, asocierea a trimis în data de ....., prin adresa nr. 17-07-06. ..../002E (referinţă ..... nr. 92/83553/30.10.....) acordul pentru extinderea perioadei de valabilitate a ofertei și a garanţiei de participare la licitație până la data de 15.01.2018. De asemenea, în data de 06.11....., prin adresa nr. 17-07-06. ..... (...../..... (referinţa ..... S.A. nr. 92/86579/06.11.....) a transmis, în original, următoarele documente:

- Act Adiţional nr. 02/02.11..... la Poliţa de asigurare nr. 0160222/06.07.....;
- Act Adiţional nr. 2/02.11..... la Scrisoarea de garanţie de participare nr. 0160222 prin care extinde termenul de valabilitate pana la data de 15.01.2018.
- Anexa 5 la formularul 10 (care nu se refera la Garanţia de Participare).

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „.....”, coduri CPV 71322500-6, 71241000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate preț”.

Împotriva documentației de atribuire ..... a formulat contestația soluționată prin decizia CNSC nr. 72/C5/2848/12.01..... prin care s-a admis în parte contestația și s-a dispus remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivare. Totodată, s-au respins ca nefondate criticile privind „eliminarea cerințelor ce contravin legislației privind protecția mediului din Documentația de atribuire, în special Directivei EIA 85/337/CEE” și eliminarea din caietul de sarcini a unor riscuri și asumarea acestora de către beneficiar.

Împotriva măsurilor de remediere postate în SEAP la data de 30.01..... și Anunțului tip erată, postat în SEAP la data de 28.01....., documente emise ca urmare a Deciziei CNSC nr. 72/C5/2848/12.01....., S..... a formulat contestația soluționată prin decizia CNSC nr. 315/C5/324/10.02..... prin care s-a admis excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației și s-a respins, ca inadmisibilă, contestația.

Împotriva lipsei răspunsului autorității contractante la solicitările de clarificări trimise în datele de 02.02....., 06.02....., 09.02.....,

21.02..... și 22.02..... .....a formulat contestația soluționată prin decizia CNSC nr. 681/C5/784/30.03..... prin care s-a admis în parte contestația și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să răspundă la solicitările de clarificări pe care contestatoarea i le-a transmis în datele de 02.02..... ora 14:07, 22.02..... ora 16:45 și 22.02..... ora 14:09 (punctul A), cu asigurarea respectării termenului stipulat la art. 161 din Legea nr. 98/2016. S-au respins ca rămase fără obiect, solicitările contestatoarei de obligare a autorității contractante la furnizarea unor răspunsuri cu privire la cererile sale din datele de 06.02..... ora 16:19, 09.02..... ora 17:17, 21.02..... ora 15:51 și 22.02..... ora 14:09 (punctul B), precum și cererea menționată în completarea la contestație, de a se face aplicarea dispozițiilor art. 153 din Legea nr.98/2016, pentru considerentele din motivarea deciziei.

Împotriva răspunsului nr. 2 din cuprinsul clarificării nr. 11 publicată în SEAP de către autoritatea contractantă și respectiv împotriva „Clarificării nr 16, răspunsul la întrebarea 16, publicat de CNAIR în data de 13.04....., în cadrul secțiunii Documentație, clarificări și decizii", ... și ....., au formulat contestațiile soluționate prin decizia nr. 1195/C5/1166 /1471/19.05..... prin care s-a respins ca rămasă fără obiect contestația formulată de ..... și s-a luat act de renunțarea la contestația depusă de .....

În procesul verbal nr. 12B/3562/10.07..... de vizualizare a ofertelor comisia de evaluare a consemnat depunerea a nouă oferte, împreună cu alte elemente constatate cu ocazia vizualizării ofertelor.

În procesul verbal nr. 12B/4397/03.08..... comisia de evaluare a consemnat respingerea ofertei depusă de asocierea SC ..... SRL – ..... – .....

În procesul verbal nr. 12B/5341/30.08..... comisia de evaluare a consemnat respingerea ofertei depusă de asocierea ..... – ..... – .....

În procesul verbal nr. 12B/7161/04.10..... comisia de evaluare a consemnat respingerea ofertei depusă de SC ..... SRL.

Împotriva rezultatului evaluării DUAE, SC ..... SRL, SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ..... – ..... și ....., în calitate de lider al asocierii ..... – ..... – ..... au depus contestațiile ce formează obiectul dosarelor conexate nr. ....., ..., .../.....

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației depusă de ....., în calitate de lider al asocierii .....invocată de autoritatea contractantă.

Împotriva rezultatului procedurii comunicat cu adresa nr. 12B/7287/06.10....., ... a formulat notificarea prealabilă nr. 042/BD100/17/16.10....., comunicată autorității contractante, prin postarea în SEAP în aceeași zi. Față de aceasta autoritatea contractantă nu a înțeles să formuleze un răspuns. Urmare a acestui fapt contestatorul

a formulat contestația nr. 049/BD 100/17/....., comunicată atât CNSC cât și autorității contractante, la aceeași dată, respectiv .....

În soluționare Consiliul, nu va reține susținerile contestatorului potrivit cărora autoritatea ”nu a luat in considerare pe de o parte faptul ca următoarele zile după primirea Informării evaluării DUAE, respectiv 07.10.....-08.10..... sunt zile nelucrătoare și anume sâmbătă, duminică, care din punctul nostru de vedere nu ar trebui luate în considerare, în consecință termenul legal de depunere a contestației fiind 01.11.....”, având în vedere următoarele prevederi legale:

- art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: ”Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), (…) poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (…)10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.”

- art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: ”Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns; (…)”.

- art. 5 din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”

- art. 16. alin. (1) potrivit căruia „Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”

Prin raportare la prevederile legale anterior menționate și constatând că valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este de 27.220.411,97 lei, valoare aflată peste pragul valoric prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și în raport cu care se stabilește obligația autorității contractante, prevăzută la art. 144 alin. (2) din același act normativ, de a publica în Jurnalul Oficial un anunț de participare, Consiliul stabilește că o contestație împotriva lipsei unui răspuns al autorității contractante față de notificarea prealabilă transmisă în data de 16.10..... putea fi formulată și transmisă atât Consiliului cât și autorității cel mai târziu la data de 30.10.....

Prin urmare, transmiterea acesteia atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă în data de ....., astfel cum reiese din cele constatate anterior, reprezintă un demers tardiv al ....., în calitate de lider al asocierii ..... în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”

În ceea ce privește contestația SC ..... SRL, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, ofertantul SC ..... SRL a prezentat următoarele informații și documente în formularul DUAE :

a) a declarat ..... SRL ca subcontractant (acord de subcontractare nr. 4 din 06.02..... încheiat cu SC ..... SRL și mențiunilor din formularul DUAE Partea IV, Secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională și procentul de subcontractare de 31,71%.

b) a declarat ..... SRL „ca entitate ale cărei capacități sunt utilizate pentru îndeplinirea unei cerințe de calificare”, respectiv terț susținător.

Având în vedere răspunsurile la solicitările de clarificare anterioare și formularul DUAE prezentat de către ofertant, autoritatea a solicitat pentru contestator ca:

- în cazul în care ..... SRL este și subcontractant și terț susținător să transmită un „angajament ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz" conform Notificării ANAP nr. 258/2016 și în acord cu prevederile art. 182 alin (3) din Legea 98/2016 sau

- în cazul in care ..... SRL este numai subcontractant, SC ..... SRL va retransmite DUAE completat corespunzător, numai pentru calitatea de subcontractant a operatorului economic ..... SRL conform indicațiilor din fișa de date.

Operatorul economic a transmis în SEAP răspunsul cu numărul 2549/27.09..... și a declarat că a depus:

- DUAE ofertant în care a declarat (în ordinea secțiunilor) ..... SRL ca (i) entitate ale cărei capacități le utilizează pentru îndeplinirea cerințelor (respectiv susținător) și (ii) subcontractant;
- DUAE subcontractant pentru ..... SRL, în care subcontractantul a declarat ca este atât subcontractant, cât și susținător pentru ofertantul ..... SRL, cu prezentarea acordului de subcontractare;
- nu a fost și nu este cazul de a prezenta un angajament de susținere, conform celor ce urmează:

„Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire."

Răspuns - Ofertantul ..... SRL a răspuns cererilor de clarificare pe aceasta tema”.

Autoritatea contractantă precizează că ofertantul contestator consideră că, în ciuda solicitării de a prezenta un angajament ferm de susținere din partea terțului, în reglementările legislative ”NU se precizează nimic în legătură cu o obligație a subcontractanților care îndeplinesc o cerința de calificare de a prezenta SI Angajament de susținere”. Totodată contestatorul a declarat că "în concluzie, față de Clarificarea 1 ..... SRL reiterează că:

- ..... SRL este subcontractant și terț susținător in procedură,
- Documentele și clarificările prezentate sunt în conformitate cu reglementările legale;
- NU este cazul de a se prezenta angajament ferm din partea ..... SRL"

Autoritatea mai arată că în cadrul răspunsului, ofertantul contestator a transmis DUAE revizuit pentru SC ..... SRL, în care operatorul economic a specificat în Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, Secțiunea A: Informații privind operatorul economic în spațiul rezervat completării Formei de participare: „Răspuns: subcontractant (Acord de subcontractare nr. 4 din data de 06.02.....) și terț susținător pentru ..... SRL".

Potrivit dispozițiilor art.172 alin.(4) din Legea nr.98/2016, *„Autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru su(bcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens”.*

Potrivit dispozițiilor art. 182 alin.(1)-alin.(4) din Legea nr.98/2016, *„(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică/acord-cadru, să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi.*

(2) Operatorul economic are dreptul să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaţionale şi profesionale prevăzute la art. 179lit. g) doar dacă terţul va desfăşura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic îşi demonstrează situaţia economică şi financiară şi/sau capacitatea tehnică şi/sau profesională invocând şi susţinerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2), de către unul sau mai mulţi terţi, atunci operatorul economic are obligaţia de a dovedi autorităţii 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 terţului/terţilor.

(4) Odată cu angajamentul de susţinere, ofertantul/candidatul are obligaţia să prezinte documente transmise acestuia de către terţul/terţii

susţinător/susţinători, din care să rezulte modul efectiv prin care terţul/terţii susţinător/susţinători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susţinere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament".

De asemenea, Notificările ANAP nr. 256 și nr.258, referitoare la Fisa de date, precizează că:

„În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului/ subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va prezenta câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivii subcontractanți, completat și semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia.

Subcontractanții precizează în DUAE informațiile aferente criteriilor de calificare pe care le îndeplinește menționând numărul și data contractului/acordului de subcontractare pentru partea propusă pentru subcontractare.

Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAE doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere."

Având în vedere dispozițiile legale mai sus menționate, Consiliul reține că în orice situație în care un ofertant își demonstrează situaţia economică şi financiară şi/sau capacitatea tehnică şi/sau profesională prin intermediul unui terț susținător, acesta are obligația de a prezenta un angajament ferm din partea acestuia, înscris care are rolul de a dovedi autorităţii contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele invocate a fi susținute.

În opinia Consiliului, chiar dacă, în cadrul unei oferte, un operator economic are și calitatea de subcontractant și calitatea de terț susținător (cum este cazul în speță) acest fapt nu îl absolvă de prezentarea atât a acordului de subcontractare cât și a angajamentului de susținere, întrucât cele două instrumente juridice au roluri diferite. Acordul de subcontractare prezintă înțelegerea dintre ofertant și subcontractant în vederea executării viitorului contract de achiziție publică cu indicarea părții din contract ce va fi realizată de subcontractant, iar potrivit dispozițiilor art.3 alin.(1) lit. yy) din Legea nr.98/2016*, „subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop".*

Angajamentul ferm de susținere al terțului susținător reprezintă înscrisul prin care acesta se angajează să susțină situaţia economică şi financiară şi/sau capacitatea tehnică şi/sau profesională a ofertantului așa cum a fost solicitată în fișa de date a achiziției, demonstrând îndeplinirea cerințelor în mod corespunzător, reprezentând în același timp și o garanție prin care autoritatea contractantă poate acționa în situația în care ofertantul ar întâmpina dificultăți în executarea contractului. De altminteri, în acest sens sunt și dispozițiile art.50 din HG nr.395/2016, potrivit cărora *„(1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăţi pe parcursul executării contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, iar susţinerea*

acordată de unul sau mai mulţi terţi vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau capacitatea tehnică şi profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terţul/terţii susţinător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă şi contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligaţie.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorităţii contractante să urmărească orice pretenţie la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terţului/terţilor susţinător/susţinători pentru nerespectarea obligaţiilor 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 garanţie".

Prin urmare, Consiliul apreciază ca fiind întemeiată decizia de respingere a ofertei SC ..... SRL potrivit dispozițiilor art.134 alin.(5) din HG nr.395/2016.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ..... – ..... SpA, în contradictoriu cu ..... SA, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Deoarece Scrisoarea de garanție de participare conținea unele omisiuni față de Formularul B publicat de autoritatea contractantă în SEAP în data de 03.02..... în cadrul documentului "Modificări și completări ale documentației de atribuire, cu excepția anunțului de participare" (Modificări si completări ale DA GP Nota PT ([CN171707/024] Modificări si completări ale DA GP Nota PT.pdf.p7s), a solicitat ofertantului cu adresa nr. 12B/3587/10.07..... următoarea clarificare:

"1. Având în vedere ca formularul transmis de dvs. conține mai multe omisiuni, Comisia de evaluare vă solicită retransmiterea Formularului B sau un amendament la Scrisoarea de Garanție de participare în așa fel încât să se respecte forma și conținutul Formularului B publicat de Autoritatea Contractantă în SEAP.

2. Vă rugăm să ne transmiteți dovada plății primei de asigurare astfel încât să fie vizibil întregul ordin de plata precum si viza băncii.

3. De asemenea, având în vedere prevederile art. 123 alin (4), vă solicităm să transmiteți originalul Garanției de Participare împreună cu originalul eventualului amendament aferent acesteia, precum și cu originalul Poliței de Asigurare până la data de 17.07..... ora 12:00 la sediul ..... menționat în Fisa de Date."

Asocierea contestatoare a transmis răspunsul solicitat în termen, în SEAP fiind încărcate următoarele documente: act adițional nr. 1/12.07..... la scrisoarea de garanție de participare nr. 0160222 prin care aceasta a fost corectata conform solicitărilor comisiei; dovada plății primei de asigurare având viza băncii.

Prin adresa nr. 92/52414/14.07....., ofertantul a transmis următoarele documente:

- garanția de participare nr. 0160222
- polița nr. 0160222 aferenta garanției de participare
- actul adițional nr. 1 din 12.07..... la polița nr. 0160222, act adițional prin care înlocuiește biletul la ordin avalizat seria RNCR3AX nr. 0399660 emis în data 06.07..... pentru GP nr. 57435 cu biletul la ordin avalizat seria RNCB3AX nr. 0399667 emis in data 06.07..... pentru GP nr. 0160222, număr care corespunde Garanției de Participare depusă pentru aceasta procedură.

Întrucât în documentele transmise în original nu a găsit actul adițional nr. 1/12.07..... la scrisoarea de garanție de participare nr. 0160222, autoritatea contractantă a considerat că ofertantul nu a răspuns concludent, netransmițând toate documentele solicitate în original.

Prin urmare, Consiliul constată, având în vedere situația anterior expusă, că motivul pentru care autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului a fost acela că nu au fost transmise toate documentele însoțitoare ale Scrisorii de Garanție de participare în original.

Pe de altă parte însă, Consiliul constată că, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, prin adresa nr. 92/77891/11.10....., autoritatea contractantă a solicitat contestatorului prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei, poliței și a garanției de participare până la 15.01.2018, solicitare la care acesta a răspuns prin adresa înregistrată la autoritate sub nr.92/ 86579/06.11.2016, depunând în original toate înscrisurile solicitate.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că lipsa tuturor documentelor solicitate a fi prezentate în original (aferente Scrisorii de Garanție de participare nr. 0160222) a fost ulterior înlăturată, tocmai prin solicitarea și prezentarea documentelor care demonstrează prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare.

În opinia Consiliului, prin transmiterea noilor înscrisuri de către asocierea contestatoare, scopul pentru care se constituie garanția de participare a fost atins, autoritatea contractantă fiind protejată efectiv de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire, potrivit dispozițiilor art.35 alin.(1) din HG nr.395/2016.

Prin urmare, Consiliul apreciază ca neîntemeiată decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii SC ..... SRL – .....

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) coroborate cu cele ale art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca tardivă contestația depusă de ....., în calitate de lider al asocierii .....

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL ..... – ..... și va dispune anularea

procesului verbal nr. 12B/4397/03.08....., în partea care privește oferta asocierii SC ..... SRL – ..... – ....., anularea comunicărilor subsecvente referitoare la această ofertă precum și continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii SC ..... SRL – ..... – ..... potrivit motivării prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) coroborate cu cele ale art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, admite excepția tardivității contestației depusă de ....., în calitate de lider al asocierii ..... invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca tardivă contestația depusă de ....., în calitate de lider al asocierii ..... în contradictoriu cu ..... SA, în calitate de autoritate contractantă

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

În temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26872/05.08....., formulată de către SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ..... – ....., în contradictoriu cu ..... SA.

Dispune anularea procesului verbal nr. 12B/4397/03.08....., în partea care privește oferta asocierii SC ..... SRL – ..... – ..... anularea comunicărilor subsecvente referitoare la această ofertă.

Dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii SC ..... SRL – ..... – ..... potrivit motivării prezentei.

Termenul de aducere la îndeplinire a dispozițiilor prezentei este de 10 zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

.....