C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

București, Str.Stavropoleos, nr.6 sector 3, 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. 802/13.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48471/14.11.2017, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ...., reprezentată legal de administrator ....., în calitate de lider al asocierii SC ... SRL și SC ...SA, împotriva solicitării de clarificări nr. 20246/06.11.2017 și a răspunsului la Notificarea prealabilă nr. 20521/09.11.2017, emise de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect *„**Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în aglomerația ...**”,* coduri CPV 45231300-8 lucrări de conducte de apă și canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), 45232150-8 lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev. 2),45232152-2 lucrări de construcții de stații de pompare (Rev.2), 45232400-6 lucrări de construcții de canalizare ape reziduale (Rev.2), se solicită Consiliului să dispună în sensul: *„Anulării actului vătămător al autorității contractante, respectiv anularea solicitării autorității contractante și a răspunsului la Notificarea prealabilă, (...), deoarece prin solicitările autorității contractante se adaugă/completează nepermis la cerințele inițiale ale fișei de date a achiziției*; *Obligării la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat de subscrisa în cursul soluționării prezentei contestații”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 802/13.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48471/14.11.2017, formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL și SC ...SA, împotriva solicitării de clarificări nr. 20246/06.11.2017 și a răspunsului la Notificarea prealabilă nr. 20521/09.11.2017, emise de către ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect „***Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în aglomerația ...***”, se solicită Consiliului să dispună în sensul: *„Anulării actului vătămător al autorității contractante, respectiv anularea solicitării autorității contractante și a răspunsului la Notificarea prealabilă, (...), deoarece prin solicitările autorității contractante se adaugă/completează nepermis la cerințele inițiale ale fișei de date a achiziției*; *Obligării la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat de subscrisa în cursul soluționării prezentei contestații”.*

Contestatorul menționează că, prin adresa nr. 20246 din 06.11.2017, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări care, în opinia sa, exced cerințelor inițiale ale documentației de atribuire, încălcând astfel legislația achizițiilor publice, motiv pentru care a formulat Notificarea prealabilă nr. 788/07.11.2017 prin care a solicitat entității contractante să dispună măsurile de remediere ce se impun, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 20521/09.11.2017, fără a dispune însă măsuri de remediere.

SC ... SRL precizează că, a răspuns la solicitările de clarificări, având în vedere termenul limită impus de comisia de evaluare, în data de 13.11.2017, în pofida faptului că se consideră vătămat *„prin menținerea solicitărilor de clarificări mai sus menționate”,* motiv pentru care a formulat contestația și solicită *„respingerea unei eventuale excepții privind lipsa de obiect ”* a acesteia.

Precizând că solicită Consiliului să dispună *„anularea solicitărilor transmise de către comisia de evaluare prin actul administrativ vătămător SOLICITAREA DE CLARIFICĂRI NR. 20246/06.11.2017, motivat de faptul că cerințele de mai sus NU au fost solicitate de a fi depuse la acest moment, conform prevederilor fișei de date”*, autorul contestației arată că prin Cerința nr. 2 „Disponibilități financiare” de la Cap. III.2.2)- „Capacitatea economică și financiară” a fișei de date a achiziției s-a solicitat ca ofertantul *„să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare* suficiente *pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării, pe o perioada de 3 luni, în valoare de minim 1.5 milioane lei, independent de angajamentele pentru alte contracte aflate în desfășurare; Se va avea în vedere faptul că entitatea contractantă nu acordă avans pentru prezentul contract”,* modalitatea de îndeplinire a cerinței fiind

următoarea: *„Operatorul economic va prezenta declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței. Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta documentele menționate mai sus.* (...)”.

Contestatorul susține că potrivit cerințelor exprese ale fișei de date a achiziției, obligatorii atât pentru contractant, cât și pentru entitatea contractantă, doar ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, va prezenta *„declarații bancare corespunzătoare sau alte documente”* din care să rezulte îndeplinirea cerinței.

Arată că, în pofida celor expuse, în răspunsul la Notificarea prealabila, entitatea contractantă *„subliniază și întărește modul în care ofertanții trebuie să îndeplinească această cerință, respectiv atât operatorii economici care au depus oferte, cât și ofertantul clasat pe primul loc, (...)*".

De asemenea, autorul contestației menționează că entitatea contractantă, în mod ironic, a considerat că dacă cerința a fost înțeleasă greșit de asocierea SC ... SRL și SC ...SA, culpa aparține acesteia deoarece nu a solicitat clarificări în perioada de elaborare a ofertelor.

Apreciind ca fiind „ilogică” această mențiune a entității contractante petentul subliniază faptul că, în perioada de întocmire a ofertelor, solicitările de clarificări sunt instrumente folosite de ofertant pentru a clarifica cerințele ambigue postate de entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, însă modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe a fost stabilită clar de către entitatea contractantă, și anume: *„Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta documentele menționate mai sus”,* motiv pentru care nu a considerat necesar să apeleze la instituția solicitărilor de clarificări

În opinia contestatorului, prin solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, fișa de date a achiziției se completează, în mod abuziv, cu noi cerințe, cerințe care nu au fost solicitate prin documentația de atribuire.

Mai mult, susține contestatorul, comisia de evaluare **nu este îndreptățită să solicite ofertanților clarificări care nu au corespondent în cerințele documentației de atribuire, pentru a crea, în mod artificial premisele respingerii acestora.**

În același context SC ... SRL arată că, prin adresa nr. 20246/06.11.2017 a precizat faptul că *„Potrivit fișei de date îndeplinirea cerinței trebuie realizată prin prezentarea de documente în acest sens”,* contrar celor precizate în fișa de date.

Contestatorul apreciază că, având în vedere prevederile fișei de date a achiziției, dar și împrejurarea că, la data formulării contestației, procedura de atribuire se află în etapa evaluării propunerilor tehnice, nefiind încă cunoscut ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, rezultă fără echivoc faptul că solicitarea de clarificări nr. 20246/06.11.2017 *excede prevederilor fișei de date a achiziției*.

În ceea ce privește constatarea comisiei de evaluare potrivit căreia asocierea SC ... SRL și SC ...SA nu **ar fi prezentat documente** din care să

rezulte îndeplinirea cerinței și nici ***„nu a făcut referire la astfel de documente în declarația sa”***, contestatorul apreciază că aceasta nu este în conformitate cu cerințele fișei de date, întrucât **nicăieri în fisa de date a achiziției nu s-a solicitat declararea în formularul DUAE a oricăror referiri.**

Totodată, petentul arată că, în formularul DUAE a declarat faptul că, în cazul în care asocierea va fi declarată câștigătoare, va prezenta declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței fișei de date a achiziției.

Menționând că, în cuprinsul fișei de date a achiziției, entitatea contractantă nu a precizat faptul că operatorii economici trebuie să declare anumite „referiri” sau să prezinte, odată cu depunerea ofertelor, *„declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței”,* autorul contestației opinează că, în ipoteza în care se dorea acest lucru, trebuia solicitat, în mod expres, în fisa de date a achiziției.

Mai mult, susține contestatorul, după depunerea ofertelor, entitatea contractantă nu poate completa cerințele fișei de date a achiziției, prin intermediul solicitărilor de clarificări și, în consecință, orice solicitare sau cerință nouă din partea comisiei de evaluare, care nu se regăsește în cuprinsul documentației de atribuire, publicată în SEAP, are caracter excesiv, iar eliminarea unei oferte din cadrul unei proceduri de atribuire pentru neîndeplinirea unor cerințe suplimentare, stabilite ulterior publicării documentației în SEAP, are caracter nelegal, încălcându-se astfel, în mod cert, principiile consacrate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În sprijinul susținerilor sale, contestatorul invocă dispozițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016, subliniind faptul că solicitarea de clarificări reprezintă unul dintre mijloacele pe care legislația achizițiilor publice le pune la dispoziția autorităților contractante pentru clarificarea/lămurirea diverselor aspecte pe parcursul evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurilor de atribuire, comisia de evaluare fiind cea care are posibilitatea de a decide în ce cazuri uzează de acest drept și care sunt clarificările/completările pe care dorește să le solicite.

De asemenea, invocând prevederile art. 139 din H.G. nr. 395/2016, contestatorul învederează faptul că entitatea contractantă nu poate solicita, prin clarificări, orice informații și/sau documente suplimentare, scopul solicitării de clarificări, fiind bine determinat: demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Concluzionând celor expuse, autorul contestației apreciază că *„solicitarea de clarificări este subordonată prevederilor documentației de atribuire, neputând adăuga la cerințele deja stabilite prin aceasta”,* astfel comisia de evaluare nu este îndreptățită să solicite ofertanților clarificări care nu-și găsesc corespondent în cerințele documentației de atribuire, pentru a crea, în mod artificial, premisele respingerii acestora.

În același sens, petentul subliniază faptul că o a doua limitare pe care o cunoaște, în mod firesc, dreptul de a solicita clarificări se regăsește la art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, și anume, în cazul în care se solicită clarificări/completări, entitatea contractantă trebuie să aibă grijă să nu determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Având în vedere cele expuse, contestatorul apreciază că, prin solicitarea de clarificări nr. 20246/06.11.2017, *„entitatea contractantă nu urmărește o evaluare obiectiva a ofertantului SC ... SRL si SC ...SA, ci prin intermediul solicitărilor de clarificări se dorește a se crea, în mod artificial, premisele respingerii acesteia”.*

În probațiune, a fost depus, în copie un set de documente.

Prin punctul de vedere nr. 20975/17.11.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 49130/17.11.2017, ... a solicitat Consiliului respingerea contestației formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL și SC ...SA, ca nefondată.

În prealabil, entitatea contractantă prezintă istoricul procedurii de atribuire, relevanță având următoarele aspecte:

- procedura de achiziție se derulează în temeiul prevederilor Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, contractul ce urmează a fi atribuit fiind unul de tip sectorial;

- termenul limită de depunere a ofertelor prevăzut în erata nr. 4/28.09.2017, publicată, atașat anunțului de participare menționat, a fost ziua de 19.10.2017, inclusiv, documentația de atribuire fiind pusă la dispoziția operatorilor economici interesați, atașată anunțului de participare, asigurând astfel accesul direct și nerestricționat la fișierele electronice disponibile în SEAP;

- cu ocazia vizualizării ofertelor comisia de evaluare a constatat că, în cadrul procedurii de atribuire, au depus ofertă 4 operatori economici, printre care și contestatorul.

Entitatea contractantă precizează că, la data formulării punctului de vedere privind contestația, ***evaluarea ofertelor se află în faza de analiză a declarațiilor pe proprie răspundere DUAE***, depuse în format electronic online, de către ofertanții participanți la procedură, a modului de îndeplinire de către aceștia a criteriilor de calificare impuse prin fișa de date, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări transmise de ofertanți la solicitarea entității contractante.

Precizează că, în contextul celor expuse, la data actuală, nu au fost introduse în SEAP rezultate parțiale ale procesului de evaluare, conform art. 72 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, iar având în vedere motivele prezentate în cadrul procesului-verbal nr. 4/20405/08.11.2017 precum și în Nota justificativă 20435/09.11.2017, în temeiul art. 227 alin. (3) teza a II-a din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a hotărât prelungirea perioadei de evaluare a ofertelor până la data de 30.03.2018.

Cu privire capătul de cerere din contestația formulată de SC ... SRL privind „anularea actului vătămător al autorității contractante”, ... precizează

că, potrivit Cerinței nr. 2 din cadrul Secțiunii III.2.1b) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale” a fișei de date a achiziției *„Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni, în valoare de minim 1.5 milioane lei, independent de angajamentele pentru alte contracte aflate în desfășurare; Se va avea in vedere faptul ca Autoritatea Contractanta nu acorda avans pentru prezentul contract”,* modalitatea de îndeplinire a cerinței fiind următoarea: *„Operatorul economic va prezenta declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței. Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta documentele menționate mai sus, (...)”.*

Entitatea contractantă menționează că modul de îndeplinire al acestei cerințe de către asocierea formată de către SC ... SRL și SC ...SA a fost consemnat de către comisia de evaluare în cadrul procesului verbal nr. 3/20227/ 06.11.2017, pct. 3, Observația 1, precum și în cadrul Anexei nr. 3 la acest proces verbal, la pct. 5, comisia de evaluare constatând că în DUAE, partea IV, Cap.B „Capacitatea economică și financiară/Alte cerințe economice sau financiare”, SC ... SRL a declarat următoarele: *„La momentul semnării contractului vom avea disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni, în valoare de minim 1,5 milioane lei, independent de angajamentele pentru alte contracte aflate în desfășurare. În cazul în care vom fi declarați câștigători, vom prezenta declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței”.*

Totodată, comisia de evaluare a mai constatat că operatorul economic asociat SC ...SA a declarat, în aceeași secțiune a declarației sale DUAE, următoarele: *„Cerința asigurată de liderul de asociere SC ... SRL”.*

Entitatea contractantă menționează că, având în vedere modalitatea de îndeplinire a cerinței prevăzută la Secțiunea III.2.1.b) a fișei de date a achiziției, comisia de evaluare a apreciat că îndeplinirea acestei cerințe trebuia realizată prin prezentarea de documente relevante (declarații bancare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței de către toți ofertanții participanți la procedură.

Astfel, arată entitatea contractantă, deoarece asocierea formată de către SC ... SRL și SC ...SA nu a prezentat astfel de documente, prin adresa nr. 20246/06.11.2017, postată în SEAP, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clarificări în acest sens, aceasta adresă fiind considerată de către contestator ca fiind tocmai actul vătămător a cărui anulare o solicită prin contestația depusă.

Organizatoarea procedurii apreciază că *„acest document ilustrează, în mod transparent, modul de evaluare, de către comisie, a îndeplinirii cerinței de către contestator, concluziile comisiei și motivele în baza căreia aceasta*

și-a întemeiat solicitarea clarificării privind neconcordanța dintre modul de îndeplinire a cerinței solicitat prin fișa de date și cel aplicat de contestator".

Arată că, nemulțumită fiind, în temeiul art. 6 și 7, coroborate cu art. 69 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016, asocierea contestatoare a formulat Notificarea Prealabilă nr. 788/07.11.2017, prin care a solicitat dispunerea măsurilor de remediere legale și anularea solicitării de clarificări nr. 20246/06.11.2017, la care entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 20521/05.11.2017, *„în care apreciază că, prin solicitarea de clarificări nr. 20246/06.11.2017, nu au fost încălcate principiile de bază impuse prin Legea nr. 99/2016 și actele normative subsecvente, fișa de date nu a fost «completată abuziv cu noi cerințe» care nu au corespondent în cerințele formulate în cadrul documentelor atașate anunțului de participare 178596/05.09.2017, această solicitare fiind transmisă în baza art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016".*

Astfel, SC .... a considerat că nu sunt necesare măsuri de remediere, solicitarea de clarificări nr. 20246/06.11.2017 transmisă de către asocierea SC ... SRL și SC ...SA rămânând în vigoare, motiv pentru care asocierea a depus contestația ce formează obiectul prezentului dosar.

În opinia entității contractante, acest litigiu este reprezentat de modul de interpretare al contestatorului asupra formulării cerinței nr. 2 din Secțiunea III.2.1.b) a fișei de date a achiziției și, în special a modalității de îndeplinire a acesteia.

Reproducând formularea contestatorului sub acest aspect, astfel cum reiese din pag. 3 a contestației, entitatea contractantă solicită Consiliului să analizeze „varianta originală" a textului cerinței, astfel cum a prezentat-o anterior sau cum apare în fișa de date a achiziție, publicată în SEAP.

Organizatoarea procedurii susține că sublinierea unei singure fraze din cuprinsul cerinței și marcarea acestei fraze cu caractere îngroșate aparține contestatorului, care, din întreg cuprinsul secțiunii ce privește modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 2, urmărește să evidențieze doar textul care îl avantajează în momentul de față, astfel că „solicitarea EXPRESĂ" pretinsă de contestator a rezultat din text se rezumă la această modalitate de prezentare a realității prin scoaterea în evidență doar a unui aspect din întregul context.

Raportat la cele expuse, ... solicită Consiliului să aprecieze că susținerea contestatorului nu se confirmă, și anume faptul că atât Cerința nr. 2 în ansamblu, cât și textul explicativ privind modalitatea de îndeplinire a acesteia nu include în niciuna din fraze adverbele „NUMAI" sau „DOAR" invocate de acesta, ci mai mult, subliniază și întărește modul în care ofertanții trebuie să îndeplinească această cerință, respectiv atât operatorii economici care au depus oferte, cât și ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire vor trebui să prezinte documentele solicitate la data depunerii ofertelor.

De asemenea, entitatea contractantă solicită Consiliului să aibe în vedere faptul că admiterea solicitărilor formulate de contestator atât în cadrul Notificării prealabile cât și în cadrul contestației ar însemna o încălcare gravă

a principiilor privind tratamentul egal și nediscriminarea prevăzute la art. 2 alin.(2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, în cadrul procedurii de atribuire existând ofertanți care au transmis, prin intermediul SEAP atașat ofertei și odată cu depunerea acesteia, toate documentele necesare îndeplinirii fără niciun fel de obiecție a Cerinței nr. 2 din secțiunea III.2.1.b) a fișei de date.

Având în vedere cele expuse, ... consideră că modalitatea de îndeplinire a Cerinței nr. 2 a fost formulată suficient de clar, iar faptul că aceasta a fost înțeleasă greșit de către unii ofertanți nu este o culpă a acesteia.

Cu privire la una din observațiile formulate de comisia de evaluare în cuprinsul solicitării de clarificări nr. 20246/06.11.2017, respectiv: *„Comisia de evaluare constată că ofertantul nu a prezentat declarații bancare corespunzătoare sau orice alte documente din care sa rezulte îndeplinirea cerinței privind accesul la resurse financiare reale, pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării, pe o perioadă de 3 luni, în valoare de 1,5 milioane lei și nici nu a făcut referire la astfel de documente în declarația sa”,* .... consideră că a dat dovadă de transparență, în adresa nr. 20521/05.11.2017 de răspuns la Notificarea prealabilă evidențiind și clarificând modul în care comisia de evaluare a apreciat și a luat în calcul chiar circumstanțe atenuante în analiza realizată.

Precizând că își menține poziția exprimată în adresa nr. 20521/05.11.2017 de răspuns la Notificarea prealabilă, în care a recunoscut faptul că, într-adevăr, în fișa de date a achiziției nu există o solicitare privind completarea DUAE cu referințe asupra documentelor care să dovedească îndeplinirea cerinței aflate în discuție (declarații bancare corespunzătoare sau alte documente), entitatea contractantă menționează că acest aspect nu a fost privit de către comisia de evaluare ca pe o neîndeplinire a unei cerințe, ci dimpotrivă ca o circumstanță atenuantă la care ar fi apelat în cazul netransmiterii documentelor solicitate de către ofertant.

Mai arată că a considerat că ar fi fost oportun ca, ***în cazul în care operatorul economic nu a depus documentele solicitate conform cerinței, să fi depus minime diligențe în sensul consemnării unor referințe de bază asupra datelor de identificare a acestora în DUAE***.

Entitatea contractantă învederează Consiliului faptul că „***în cazul în care ofertanții au avut obligația de a îndeplini criteriile de calificare și selecție doar în baza declarațiilor DUAE, comisia de evaluare a procedat doar la analiza conținutului DUAE conform art. 138 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, nefiind solicitate niciunui participant la procedură documente justificative în baza art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016***”.

Totodată, solicită Consiliul să constate că, în ceea ce privește modul de îndeplinire a Cerinței nr. 2 din secțiunea III.2.1.b) a fișei de date, ***ofertanții aveau obligația de a prezenta documentele specificate și nu de a completa DUAE***, în concluzie, ***cerința neîndeplinită de ofertant fiind***

una prevăzută distinct în cadrul fișei de date, obligația nefiind reglementată în cadrul DUAE.

În ceea ce privește temeiul de drept invocat de contestator, respectiv prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 și art. 139 din H.G. nr. 394/2016, entitatea contractantă apreciază că *„invocarea Legii nr. 98/2016 în tandem cu H.G. nr. 394/2016 este nerelevantă, nici unul din cele două articole menționate mai sus nu au ca subiect, cel invocat de contestator".*

Entitatea contractantă afirmă că, din considerentele prezentate anterior, în opinia sa evidente, *„respingem acest capăt de cerere, ca fiind nefondat".*

În drept, entitatea contractantă invocă prevederile art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Solicitând respingerea, ca nefondată, a capătului de cerere privind obligarea entității contractante la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat de contestator în cursul soluționării contestației, ... învederează faptul că anexat contestației nu a recepționat niciun document din care să rezulte cuantumul, detalierea și documente doveditoare privind pretinsele sume cheltuite de contestator cu onorariile avocațiale ocazionate de soluționarea contestației, astfel cum prevede art. 29 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și nici în cuprinsul contestației nu se face referire la un anumit cuantum al acestor cheltuieli.

Având în vedere cele expuse, ... solicită respingerea contestației formulată de asocierea formată de către SC ... SRL și SC ...SA, ca nefondată.

În probațiune, entitatea contractantă a depus, în copie certificată, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 830/21.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 49971/22.11.2017, SC ... SRL a transmis documentul intitulat „Răspuns" la punctul de vedere al autorității contractante, în care, susține că autoritatea contractantă este în contradicție atât cu prevederile legale în vigoare, cât și cu prevederile fișei de date a achiziției, motiv pentru care solicită anularea adresei de solicitare de clarificări nr. 20246/06.11.2017.

Contestatorul reiterează faptul că nicăieri în fișa de date a achiziției nu este precizat faptul că, pentru îndeplinirea Cerinței nr. 2 „Disponibilități financiare", toți ofertanții trebuie să prezinte, odată cu declarația DUAE, și documentele care demonstrează îndeplinirea cerinței.

În opinia sa, dacă entitatea contractantă ar fi vrut ca „(...) *atât operatori economici care au depus oferte, cât și ofertantul clasat pe primul loc"* să prezinte documente odată cu depunerea DUAE, această cerință trebuia precizată expres în fișa de date a achiziției.

Petentul apreciază că cele precizate de entitatea contractantă la pag. 9 a punctului de vedere sunt *„contradictorii și lipsite de logică propozițională",* întrucât în prima propoziție a frazei, entitatea contractantă precizează că ofertanții vor demonstra îndeplinirea criteriilor doar în baza declarațiilor DUAE, iar în cea de-a doua se contrazice, precizând că ofertanții aveau obligația de a prezenta documentele specificate și nu de a completa DUAE.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect *„**Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în aglomerația ...**”,* coduri CPV 45231300-8 lucrări de conducte de apă și canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), 45232150-8 lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev. 2),45232152-2 lucrări de construcții de stații de pompare (Rev.2), 45232400-6 lucrări de construcții de canalizare ape reziduale (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .....

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, valoarea estimată a achiziției este de 23.186.467 lei, fără TVA, criteriul de atribuire a contractului sectorial de lucrări este *„prețul cel mai scăzut*”, iar modalitatea de derulare a procedurii a fost integral prin utilizarea mijloacelor electronice – ONLINE, prin SEAP.

La procedura de atribuire au fost depuse 4 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost vizualizate, în SEAP, la data de 19.10.2017, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor, având numărul de înregistrare 19269/ 19.10.2017.

În etapa de evaluare a ofertelor entitatea contractantă a transmis ofertantului Asocierea SC ... SRL și SC ...SA adresa nr. 20246/ 06.11.2017 în vederea clarificării modului de îndeplinire a criteriului de calificare și a declarațiilor DUAE precizate în fișa de date la Secțiunii III.2.1b) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”*, cerința nr. 2.

Împotriva adresei nr. 20246/06.11.2017, emisă de entitatea contractantă, ofertantul SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL și SC ...SA, a transmis adresa nr. 788/07.11.2017, în temeiul dispozițiilor art. 6 și art. 7 din Legea nr. 101/2016, reprezentând notificarea prealabilă prin care solicită entității contractante luarea unor măsuri de remediere sub aspectul anulării solicitării de clarificări formulată prin adresa menționata mai sus.

Cu adresa nr. 20521/ 09.11.2017, entitatea contractantă a răspuns notificării prealabile arătând că *„**în urma analizării pretinselor încălcări, nu vor fi adoptate măsuri de remediere. Prin urmare, solicitarea de clarificări comunicată prin adresa nr. 20246/ 06.11.2017 rămâne in vigoare**”*.

Consecință a acestui fapt, la data de 13.11.2017, SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL și SC ...SA, a transmis Consiliului, contestația nr. 802/ 13.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 48471/ 14.11.2017, care formează obiectul prezentului dosar prin care a solicitat următoarele:

„- anularea solicitării entității contractante nr. 20246/06.11.2017 și a răspunsului la Notificarea prealabilă, deoarece prin solicitările entității contractante se adaugă/completează nepermis la cerințele inițiale ale fișei de date a achiziției;

- obligarea la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat de subscrisa în cursul soluționării prezentei contestații".

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestator, Consiliul constată că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului sectorial de lucrări, la care se adaugă numeroasele clarificări postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea SC ... SRL și SC ...SA. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul de decădere reglementat de Legea nr. 101/2016.

Astfel, în analiza temeiniciei criticii de ***nelegalitate a solicitării de clarificări nr.20246/ 06.11.2017***, Consiliul reține că, la cap.III.2.2)– *„Capacitate economica si financiara",* **cerința 2** din fișa de date a achiziției, este redactată astfel:

„Disponibilități financiare - Ofertantul trebuie să demonstreze că, <u>la momentul semnării contractului</u>, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni, în valoare de minim 1.5 milioane lei, independent de angajamentele pentru alte contracte aflate în desfășurare. Se va avea in vedere faptul ca Autoritatea Contractanta nu acorda avans pentru prezentul contract.

Modalitatea de îndeplinire

Operatorul economic va prezenta declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței. <u>Ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire va prezenta documentele menționate mai sus</u>. Pentru operatorii economici străini documentele vor fi însoțite de traducerea autorizataă în limba română.”

În acest sens contestatorul SC ... SRL, lider de asociere, în cadrul ofertei depuse, în DUAE Partea IV, cap. B – *„Capacitatea economică şi Financiară/Alte cerinţe economice sau financiare*", în vederea îndeplinirii cerinței de calificare **declară** faptul că la momentul semnării contractului *„vom avea disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash- flow de execuţie a lucrării pe o perioadă de 3 luni, în valoare de minim 1,5 milioane Lei, independent de angajamentele pentru alte contracte aflate în desfăşurare. În cazul în care vom fi declaraţi câştigători, vom prezenta declaraţii bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinţei*".

Astfel, comisia de evaluare verificând modul de îndeplinire a cerinței nr.2 din fișa de date de contestator, îi transmite o solicitare de clarificare, formulată prin adresa nr. 20246/06.11.2017, prin care **îi solicită să clarifice** aspectul referitor la îndeplinirea cerinței deoarece „*constată **că ofertantul nu a prezentat** declarații bancare corespunzătoare sau orice alte documente din care sa rezulte îndeplinirea cerinței privind accesul la resurse financiare reale, pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării, pe o perioadă de 3 luni, în valoare de 1,5 milioane lei și nici nu a făcut referire la astfel de documente în declarația sa”.*

Luând în considerare dispozitiile art. 138 alin. (1) din HG nr. 394/2016 *„În cazul în care, **în cadrul documentaţiei de atribuire**, a fost prevăzută **obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare** şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. V secţiunea a 6-a paragraful 2 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE”* coroborat cu dispozitiile prevăzute la art.140 alin. (3) din HG nr.394/2016 - *„Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant **trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”***, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile legale de mai sus, deoarece adresa de clarificare nr. 20246/06.11.2017 transmisă contestatorului **a fost neclară** și **neconcludentă**, dar mai ales excesivă prin aprecierea conform căreia: *„Comisia de evaluare **constată că ofertantul nu a prezentat declarații bancare corespunzătoare** sau orice alte documente din care sa rezulte îndeplinirea cerinței privind accesul la resurse financiare reale, pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării, pe o perioadă de 3 luni, în valoare de 1,5 milioane lei și nici nu a făcut referire la astfel de documente în declarația sa”,* o astfel de apreciere excedând documentației de atribuire impusă prin cap.III.2.2)– *„Capacitate economica si financiara” – „Modalitatea de îndeplinire - **Operatorul economic va prezenta declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să rezulte îndeplinirea cerinței. Ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire va prezenta documentele menționate mai sus***”.

Întrucât cerința din fișa de date a achiziției a fost elaborată la modul reprodus anterior, Consiliul apreciază că SC ... SRL și-a completat DUAE cu informațiile solicitate de entitatea contractantă, obligația sa, prevăzută la art.129 *„ (1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică motivat în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile”,* fiind aceea de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire.

Consiliul nu va primi în soluționare apărările entității contractante deoarece comisia de evaluare **nu își poate întemeia clarificări** pe

eventuală lipsă a unor documente de calificare care nu au fost solicitate în această etapă, **obligația sa în etapa de evaluare DUAE** fiind cea precizată la art.133 alin (1) lit.b) din HG nr.394/2016 *„ (1) Comisia de evaluare are următoare atribuţii: b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanţi/candidaţi”*, evaluare ce se va raporta strict la documentația de atribuire publicată in SEAP.

Pe cale de consecință, decizia comisiei de evaluare de a solicita clarificări, precum cele din adresa nr. 20246/06.11.2017, **este una nelegală și excesivă**, formulată cu nesocotirea documentației de atribuire, bazată pe o apreciere speculativă – „***în cazul în care operatorul economic nu a depus documentele solicitate conform cerinței, să fi depus minime diligențe în sensul consemnării unor referințe de bază asupra datelor de identificare a acestora în DUAE***”, apreciere care este pur subiectivă, neregăsindu-și susținere nici în dispozițiile legale redate anterior și nici în regula documentației de atribuire.

Constatând că petentul SC ... SRL a completat DUAE cu respectarea regulii documentației de atribuire, iar solicitarea de clarificări contestată urmărește impunerea unei conduite de derulare a procedurii substanțial diferită față de regulile documentației de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula solicitarea de clarificare nr. 20246/06.11.2017, entitatea contractantă urmând să analizeze oferta contestatorului în considerentele celor arătate în prezenta motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Referitor la obligarea la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) ocazionate de soluționarea contestației de către entitatea contractantă, Consiliul constată că SC ... SRL, lider de asociere, nu a depus niciun document din care să reiasă cuantumul, detalierea și documente doveditoare privind pretinsele sume cheltuite cu onorariul avocațional, așa cum este precizat la art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, drept pentru care cererea respectivă se va respinge.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., în calitate de lider al asocierii SC ... SRL și SC ...SA, în contradictoriu cu ..., cu sediul în municipiul ....

Anulează solicitarea de clarificare nr. 20246/06.11.2017 și obligă entitatea contractantă la analizarea ofertei contestatorului cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, a regulii documentației de atribuire și a celor reținute în motivarea prezentei, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Respinge cererea SC ... SRL de obligare a entității contractante la plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Obligatorie.

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