CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 3458/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ....., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare ....., coduri CPV 32323500-8, 71320000-7 și 51314000-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 27.04....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ..... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 contestația de față, prin care ofertantul ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, pe considerentul că nu îndeplinește următoarea cerință din fișa de date a achiziției: „Ofertantul va face dovada licențierii IGPR conform art. 58 cap. 9 din Legea nr. 333/2003 (și HG nr. 301/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor) sau va prezenta contracte de subantrepriza cu un

operator economic licențiat IGPR, însoțite de licența subcontractantului. Modalitatea de îndeplinire: completare DUAE, urmând ca documentul justificativ să fie prezentat la solicitarea autorității contractante doar de către operatorul economic clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire.”

Învederează că a prezentat acordul de subcontractare cu ... și formularul nr. 4 - angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului, încheiat cu ...SRL. A considerat oportun să aleagă instituția terțului susținător pentru îndeplinirea cerinței stabilite de autoritatea contractantă, având în vedere că terțul susținător răspunde în nume propriu prin angajamentul pe care îl semnează în fața autorității în mod solidar cu ..... SRL pentru îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini. Terțul susținător va fi deplin responsabil și va susține execuția lucrării de către subcontractor, având rol definitoriu în susținerea proiectului lucrării, urmând a da și acceptul final al întregii lucrări. Practic, terțul susținător al ..... SRL ia și rolul de subcontractor al ... (subcontractorul UPC), cu acesta din urma având raporturi juridice directe ce pot fi atestate prin existenta unui contract de prestări servicii cadru. Ținând seama de cerința de la pct. III.2.1.b) din fișa de date, conform căreia într-o primă fază se va completa DUAE, urmând ca documentul justificativ să fie prezentat la solicitarea autorității contractante doar de către operatorul economic clasat pe primul loc, nu a fost depus în această fază contractul de prestări servicii dintre subcontractor și terțul susținător.

Motivul pentru care autoritatea a declarat inacceptabilă oferta nu poate fi încadrat în Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Legiuitorul, când a impus îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, a făcut referire la participarea în comun a operatorilor economici. Participarea în comun înseamnă în asociere, „cu/sau subcontractor, cu/sau cu terț susținător”.

Autoritatea avea obligația de a solicita clarificări și nu de a proceda la declararea din start a ofertei ca fiind inacceptabilă, cu atât mai mult cu cât la art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 se prevede că: *„(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)*.”

În punctul său de vedere nr. 18060/..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 20368/22.05....., autoritatea contractantă susține în apărare că, în urma verificării amănunțite a DUAE și documentelor care însoțesc oferta, depuse de ..... SRL, a

constatat că operatorul economic participă singur la procedura de atribuire, cu intenția de a subcontracta către ... 45% din obiectul contractului care se va încheia. De asemenea, ofertantul declară în DUAE că „autorizația IGPR este deținută de terțul susținător”, stabilind, astfel, calitatea pe care o are ...SRL, față de ofertant în cadrul procedurii.

Aceste informații sunt susținute de acordul de subcontractare și angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesională, depuse împreună cu DUAE, neexistând vreo inadvertență care să necesite clarificare.

Legislația în vigoare nu prevede noțiunea de „subcontractant al unui subcontractant”, astfel încât ..... SRL, ca participant singur, avea obligația să declare toți operatorii pe care îi consideră ca având calitate de subcontractant în cadrul procedurii. Mai mult decât atât, în mod clar, în DUAE completat de subcontractantul ..., acesta declară pe proprie răspundere că nu intenționează să subcontracteze vreo parte din contract.

Inclusiv subcontractantul ..., în DUAE completat de el, declară că „autorizația IGPR o deține terțul susținător”, stabilind astfel, încă o dată, calitatea pe care o are ...SRL față de ofertant în cadrul procedurii.

...SRL însăși, prin angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului ..... SRL și prin declarația sa privind evitarea conflictului de interese, își declară doar calitatea de terț susținător, în cadrul procedurii, calitate în care înțelege să pună la dispoziția ..... SRL licența de funcționare nr. 2425/T din 22.12.2011.

Licențierea „IGPR” a fost solicitată în fișa de date a achiziției la pct. III.2.1.b) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale", astfel încât sunt incidente prevederile art. 51 din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, prin care se stabilesc doar două modalități de îndeplinire a cerinței autorității privind prezentarea unor autorizații specifice:

(1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională prezentarea unor autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică care urmează să fie atribuit, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

În aceste condiții, comisia de evaluare a respins oferta depusă de operatorul economic ..... SRL ca inacceptabilă.

În urma corespondenței dintre Consiliu și contestatoare, aceasta din urmă a transmis originalul contestației (cu semnătura olografă), împuternicirile semnatarei copia actului atacat, copia contractului de servicii dintre ... și ...SRL și actul adițional la acesta.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării unui sistem de supraveghere video bazat pe tehnologie wireless, estimat valoric la 369.747,90 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, între care și ..... SRL, a cărui ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, societatea a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ..... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu

(relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertei reclamantei a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal al ședinței de evaluare a DUAE nr. 16382/07.05....., ... comunicat competitorilor la 07.05....., prin intermediul SEAP. La 09.05....., ... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 3017/09.05....., la care nu a primit răspuns din partea Comunei ..., context în care societatea a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date a achiziției, la secțiunea „*Capacitatea de exercitare a activității profesionale*”, unitatea beneficiară organizatoare a impus cerința: „*3. <u>Ofertantul</u> va face dovada licențierii IGPR conform art. 58 cap. 9 din L. nr. 333/ 2003 (si HG nr. 301/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor si protectia persoanelor) sau <u>va prezenta contracte de subantrepriză cu un operator economic licențiat IGPR însoțite de licența subcontractantului</u>. Modalitatea de îndeplinire: completare DUAE, urmând ca documentul justificativ să fie prezentat la solicitarea autorității contractante doar de către operatorul economic clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire*.”

Prin urmare, toți operatorii erau datori să dovedească propria licențiere ori să furnizeze contracte de subantrepriză cu operatori licențiați, însoțite de „licența subcontractantului”.

Din parcurgerea celor trei DUAE și a înscrisurilor asociate urcate de reclamantă în SEAP, organul administrativ-jurisdicțional observă că ..... SRL a declarat că nu participă la procedură împreună cu alții (DUAE propriu, pag. 3), că nu utilizează capacitățile altor entități pentru îndeplinirea criteriilor, inclusiv pentru licențiere (DUAE propriu, pag. 5) și că are un singur subcontractant, pe ..., pentru 45% din viitorul contract (DUAE propriu, pag. 6 și 15). La întrebarea dacă „este necesară o anumită autorizație”, a bifat „da” și a adăugat că „autorizația IGPR este deținută de terțul susținător”, fără a îl nominaliza (DUAE propriu, pag. 15), cu toate că nu a declarat niciun terț susținător. DUAE propriu se încheie cu mențiunea: „Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false.”

La rândul său, ... a menționat în propriul DUAE că „autorizația IGPR este deținută de terțul susținător” și că nu subcontractează nicio parte din contract.

...SRL, firmă despre care nici ..... SRL și nici ... nu au amintit în formularele lor DUAE, a depus un DUAE propriu în care a completat că „deține licența IGP 2425/T din 22.12.2011”.

Ofertantul a prezentat acordul de subcontractare încheiat cu ..., pentru „45% din totalul serviciilor”, în cuprinsul căruia nu se indică nimic despre vreun alt subcontractant/ cosubcontractant/sub-subcontractant.

...SRL nu figurează nicăieri ca având calitate de subcontractant/cosubcontractant/sub-sub-contractant, ci doar ca terț susținător, cum apare trecut în angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului ..... SRL, în cuprinsul căruia se prevede: „ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil să punem la dispoziția ..... SRL resursele tehnice și/sau profesionale constând în Licența de Funcționare nr. 2425/T din 22.12.2011 necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică”.

În concluzie, actele de la dosar relevă calitatea ...SRL de terț susținător al ofertantului, nicidecum de subcontractant al acestuia sau al ....

Reclamantul încearcă să acrediteze poziția de subcontractant a ...SRL, însă actele depuse la licitație nu relevă această poziție, ci dimpotrivă, probează că ...SRL este doar terț susținător, astfel cum este declarat expres în angajamentul ferm și indirect în DUAE. Chiar

și în declarația privind evitarea conflictului de interese, reprezentantul societății își declină calitatea de terț susținător.

Invocarea unor convenții între ... și ...SRL nedepuse alături de DUAE și care să vină să contrazică calitatea certă de terț susținător a acestei din urmă societăți este lipsită de valoare, întrucât ar semnifica o modificare nepermisă a ofertei și o avantajare a ofertantului în raport cu ceilalți (dacă i s-ar permite transformarea ...SRL în subcontractant, contrar actelor de licitare).

Pe de altă parte, după cum judicios a sesizat unitatea administrativ-teritorială, susținerea este permisă doar pentru îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, iar nu pentru îndeplinirea criteriilor ce țin de capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, cum este „licențierea IGPR", incident fiind art. 182 din Legea nr. 98/2016:

Art. 182. - (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) În ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaţionale şi profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experienţa profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terţului susţinător doar atunci când acesta 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.

În consecință, este limpede că, în contextul factual reținut mai sus, ... SRL nu era îndrituit să apeleze la susținerea constând în „licențierea IGPR" din partea ...SRL, calea aleasă fiind prohibită de norma precitată, care admite susținerea doar (limitativ) pentru îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, iar nu pentru capacitatea de exercitare a activităţii profesionale.

De altminteri, contestatoarea nu a ținut seama nici de cerința autorității de a „*prezenta contracte de subantrepriză cu un operator economic licențiat IGPR însoțite de licența subcontractantului*", prin documentele furnizate autorității de către contestatoare, aceasta recunoscând expres că ...SRL este terțul său susținător, iar nu subcontractant al deja subcontractantului ....

Așadar, în pofida prevederilor clare și obligatorii redate mai sus, ... SRL a înțeles să nu depună în oferta sa un contract de subantrepriză cu un operator economic licențiat, ... neavând „licență IGPR”. Mai mult, ...SRL, în baza actului adiționat prezentat de reclamantă Consiliului la 22.05....., se angajează să presteze pentru beneficiarul ... serviciile de proiectare, cuantificate la 1.000 lei, fără TVA, însă contractul supus licitației are o valoare preconizată mult mai mare și include mult mai multe activități pentru care se impune „licențierea IGPR”, nu doar proiectarea de 1.000 lei. Practic, restul activităților care urmează a fi contractate ar rămâne neacoperite de licența proiectantului, din moment ce acesta se limitează la întocmirea proiectului tehnic pentru sistemul video din comună. Important de observat este și potențiala incidență a normei art. 56 din Legea nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor şi protecţia persoanelor: „Desfăşurarea în scop comercial de activităţi de pază sau protecţie, de proiectare, producere, instalare şi întreţinere a sistemelor de alarmă împotriva efracţiei sau a componentelor acestora fără atestat ori fără licenţa de funcţionare prevăzută de lege constituie infracţiune şi se pedepseşte cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.”

Raționamentul contestatoarei, precum că autoritatea avea obligația de a îi cere clarificări privind documentele ofertei nu este întemeiat, deoarece aceste documente sunt clare în privința calității pe care o are fiecare dintre cele trei companii: ..... SRL – ofertant, ... – subcontractant al ofertantului și ...SRL – terț susținător al ofertantului (nu subconractant al ofertantului sau al ...).

În considerarea celor evocate, oferta în referință fiind circumscrisă art. 137 alin. (2) lit. b) din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a procedat la respingerea ei, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul evaluării și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația ..... SRL nr. 3458/ ....., în contradictoriu cu .....

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

Respinge, ca nefondată, contestația ..... SRL nr. 3458/....., în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.