

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 datată 05.09.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .., depusă de S.A., cu sediul în-..., județul, înregistrată la O.R.C. sub nr. ..., având C.U.I. ..., reprezentată convențional de avocat, cu sediul procesual ales în, ..., împotriva Adresei nr. 5221/SA/29.08.2024 și a Adresei nr. 5336/SA/04.09.2024, reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, privind procedura simplificată, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, execuție lucrări și asistenta tehnică pentru obiectivul de investiție: înființare colector de transfer ape uzate menajere și conductă de transport a apei în zona strada - 10650”, cod CPV 45200000-9, de către SA, cu sediul social în, ... și punct de lucru în, str., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

1. Anularea parțială a (i) Adresei nr. 5221/SA/29.08.2024 și (ii) Adresei nr. 5336/SA/04.09.2024 cuprinzând răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire,
2. Adoptarea măsurilor de remediere a cerințelor documentației de atribuire,
3. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

**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 ... - S.A. reclamă Adresa nr. 5221/SA/29.08.2024 și Adresa nr. 5336/SA/04.09.2024, reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, învederând următoarele:

În fapt, contestatorul precizează că solicitările de clarificări pe care înțelege să le critice prin prezenta au vizat cerința din Fișa de date conform căreia:

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Efectivele medii anuale de personal 71 de persoane

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul trebuie să facă dovada faptului că dispune de efective medii anuale din ultimii 3 (trei) ani ale personalului angajat care prestează servicii și execută lucrări și al cadrelor de conducere (precum arhitecți, ingineri, subingineri, muncitori calificați, muncitori necalificați) de minimum 71 de persoane. Prin „Ofertant” se înțelege Ol sau, în cazul unei asocieri ofertante, OE lider al asocierii și OA.

Modalitatea de îndeplinire:

La momentul depunerii ofertei, se va completa DUAE de către OE participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (prin bifarea indicației globale).

La momentul solicitării de către AC a documentelor justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin DUAE, Ofertantul va

prezenta extras(e) REVISAL sau alte documente similare/echivalente, iar, în cazul OE străini, documente din care să reiasă

îndeplinirea cerinței referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat al Ofertantului, astfel cum au fost declarate.

Documentele justificative prezentate vor respecta dispozițiile referitoare la protecția datelor cu caracter personal.

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Subcontractarea

Modalitatea de îndeplinire:

AC solicită ofertantului să precizeze partea sau părțile (categoriile de lucrări/servicii) din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze, procentul aferent activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către S, precum și datele de identificare ale S propus/propuși, conform art. 55 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, în acest sens, ofertații vor preciza, în cadrul propriului DUAE, toți S propuși, iar, pentru fiecare S, cel puțin următoarele aspecte: numele/denumirea S; partea sau părțile (categoriile de lucrări/servicii) din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; procentul aferent activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către respectivul S. Documentul DUAE al ofertantului include și informațiile solicitate cu privire la S. S vor completa propriul DUAE.

Astfel, au fost solicitate următoarele clarificări:

Întrebare:

3.Solicitare clarificari privind capacitatea tehnica si/sau profesionala

In fisa de date la pag 9 se precizeaza ca Ofertantul trebuie să facă dovada faptului că dispune de efective medii anuale din ultimii 3 (trei) ani ale personalului angajat care prestează servicii și execută lucrări și al cadrelor de conducere (precum arhitecți, ingineri, subingineri, muncitori calificați, muncitori necalificați) de minimum 71 de persoane.

Va rugam sa eliminați cerința prin care ofertantul trebuie sa faca dovada ca deține angajați arhitecți, deoarece aceasta categorie de specialisti nu este in concordata cu obiectul prezentei proceduri „Proiectare, execuție lucrări și asistenta tehnica pentru obiectivul de investitie: înființare colector de transfer ape uzate menajere și conductă de transport a apei în zona strada Sibiului, Oraș Cisnădie, județul Sibiu”.

Totodata se impune eliminarea cerinței de a prezenta extrase Revisal sau alte documente din care să reiasă efectivele medii anuale ale personalului angajat al Ofertantului.

Menționez ca aceste date sunt publice , putând fi obtinute in mod facil de către autoritatea contractanta, accesand secțiunea bilanțului, pe site-ul Ministerului de Finanțe.

iar răspunsul Autorității Contractante transmis prin adresa nr. 5221/SA/29.08.2024 a fost:

Răspuns:

Nu se accepta.

ii. Solicitarea 46132:

Întrebare:

Solicitare de clarificari privind efectivele medii anuale de personal In vederea respectării principiilor esențiale in materia achizițiilor publice, va rugam sa completad cerința de calificare prevăzută in cadrul fisei de date, prin intermediul careia categoriile de personal (precum arhitecți, ingineri, subingineri, muncitori calificați, muncitori necalificați) de minimum 71 de persoane pot fi asigurate de ca catre subcontractanti sau /si tert susținători.

iar răspunsul Autorității Contractante transmis prin adresa nr. 5336/SA/04.09.2024 a fost:

Răspuns: Nu se accepta.

iii. Solicitarea 46272 - întrebarea 4:

Întrebare 4 :

Solicitare clarificari privind capacitatea tehnica si/sau profesionala

In fisa de date la pag 9 se precizeaza ca Ofertantul trebuie să facă dovada faptului că dispune de efective medii anuale din ultimii 3 (trei) ani ale personalului angajat care prestează servicii și execută lucrări și al cadrelor de conducere (precum arhitecți, ingineri, subingineri, muncitori calificați, muncitori necalificați) de minimum 71 de persoane.

Va rugam sa eliminați cerința prin care ofertantul trebuie sa faca dovada ca deține angajați arhitecți, deoarece aceasta categorie de specialisti nu este in concordata cu obiectul prezentei proceduri. Menținerea acestei cerințe incalca principiul proporționalității , care presupune stabilirea unui echilibru și corelarea dintre:

- Cerințele de calificare nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;*
- Natura și gradul de complexitate a clauzelor contractuale nu trebuie să conducă la un dezechilibru al obligațiilor și beneficiilor oricărei dintre părți;*
- Factorii de evaluare nu trebuie să fie disproporționați în raport cu scopurile urmărite, sau față de cerințele de calificare/selecție.*

Simplu dvs. răspuns „nu se accepta” nu poate constitui un răspuns concludent , in lipsa unei explicații pertinente .

In situatia in care puteti justifica caracterul imperativ al menținerii cerinței de a prezenta un arhitect, atunci va rugam sa completati in cadrul acestei cerințe faptul ca personalului angajat care prestează servicii și execută lucrări (precum arhitecți, ingineri, subingineri, muncitori calificați, muncitori necalificați) de minimum 71 de persoane, poate fi asigurat si de către subcontractanti sau terti susținători.

Totodata, va rugam sa ne confirmați ca cele 71 de persoane solicitate, pot sa aiba si calitate de colaboratori, nu exclusiv de angajați.

iar răspunsul Autorității Contractante transmis prin adresa nr. 5336/SA/04.09.2024 a fost:

Răspuns:

Se va păstra cerința Fișei de date.

Raportat la conținutul clarificărilor emise, respectiv la cerința din Fișa de date pe care acestea o mențin fără nicio altă precizare, petentul consideră că răspunsurile emise de Autoritatea Contractantă sunt nelegale, abuzive și contrare principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică. Pentru aceste motive, se impune anularea acestor răspunsuri și în mod corespunzător.

Contestatorul arată că, potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”

Conform art. 160 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.”

Conform art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016:

„(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”

Pe de altă parte, dispozițiile legale stabilesc următoarele reguli privind criteriile de capacitate:

(1) Art. 172 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
- b) situația economică și financiară;*
- c) capacitatea tehnică și profesională.*

(2) *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).*

(3) *Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.*

(4) *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.*

(5) *Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia."*

Art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

"(1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură; potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare."

Art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

"(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit."

Din economia dispozițiilor legale mai sus-citate rezultă că Autoritatea Contractantă are obligația ca, la elaborarea documentației de atribuire, să aducă, în mod transparent, la cunoștința operatorilor economici interesați toate informațiile necesare elaborării ofertelor, iar, în măsura în care aceștia din urmă formulează solicitări de clarificări, să răspundă în mod clar, complet și fără ambiguități, cu respectarea dispozițiilor legale în materie.

Date fiind abaterile de la cadrul legal în vigoare și considerând totodată consecințele depunerii unor oferte în condițiile actuale ale documentației de atribuire, nelegală sub anumite aspecte, autorul contestației se consideră îndreptățit să formuleze prezenta contestație urmărind de atribuire astfel încât operatorii economici interesați să fie încurajați să depună oferte.

Totodată, contestatorul învederează că cerința privind capacitatea tehnică impusă prin documentația de atribuire este nejustificată prin prisma răspunsurilor la solicitările de clarificări.

Astfel, conform art. 179 lit. i) din Legea nr. 98/2016, "Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) i) o declarație cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări și numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani".

Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională pot fi oricând demonstrate inclusiv prin susținerea unui terț sau prin subcontractant/ți, după cum în mod expres se prevede în:

(i) Art. 182 din Legea nr. 98/2016:

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

(...)

(ii) Art. 48 din HG nr. 395/2016:

"(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant."

Contestatorul subliniază că, numai în mod excepțional, este permis autorităților contractante ca în cazul contractelor de achiziție publică de lucrări sau de servicii și al lucrărilor sau operațiunilor de amplasare sau de instalare din cadrul unui contract de achiziție publică de produse, să poată impune ca anumite sarcini esențiale să fie realizate în mod direct de către ofertant sau, în cazul unei oferte depuse de o asocierie de operatori economici, de un anumit membru al asocierii (art. 186 din Legea nr. 98/2016).

Chiar și în condițiile prevăzute de art. 186, impunerea obligației ca anumite sarcini esențiale să fie realizate în mod direct de către ofertant sau, în cazul unei oferte depuse de o asocierie de operatori economici, de un

anumit membru al asocierii, înseamnă doar că ofertantul în cauză nu va putea subcontracta acele sarcini esențiale, iar nu că nu ar putea demonstra îndeplinirea unei cerințe de calificare (capacitate tehnică) prin un terț susținător sau subcontractant.

Or, în prezenta procedură de atribuire, Autoritatea Contractantă nu numai că a stabilit o cerință privind capacitatea tehnică și/sau profesională care excede limitelor legale, dar a limitat/ a interzis în mod nepermis și nelegal posibilitatea de a demonstra îndeplinirea acestei cerințe prin terți sau subcontractanți.

Contestatorul apreciază că cerința din Fișa de date, astfel cum a fost formulată:

- se abate de la prescripțiile legale conform cărora autoritatea contractantă poate solicita doar o declarație cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări și numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani,

- este neclară întrucât deși se referă la "cadrele de conducere", în fapt se referă la arhitecți, ingineri, subingineri, muncitori calificați, muncitori necalificați.

Data fiind expirarea termenului de contestare a cerinței propriu-zise, contestatorul arată doar că ceea ce înțelege să critice prin prezenta este conduita nelegală a Autorității Contractante de a îngreuna dreptul operatorilor economici de a demonstra îndeplinirea cerinței prin subcontractanți atât timp cât aceștia ar urma să presteze servicii și să execute lucrări în cadrul viitorului contract.

Se menționează că nu există nicio justificare sau temei pentru care Autoritatea Contractantă ar putea impune astfel de limitări/ interdicții. Nu există nicio dispoziție legală care să interzică îndeplinirea unui criteriu de capacitate prin intermediul unui terț susținător sau subcontractant pe capacitățile căruia ofertantul să se bazeze.

Un argument în plus în sensul că Autoritatea Contractantă nu poate oricum justifica interdicția impusă prin răspunsurile de clarificare criticate prin prezenta este dat de faptul că în alte proceduri de atribuire aflate în prezent în derulare, inițiate de, aceasta a impus această cerință exact în această formulare. Cu titlu de exemplu, contestatorul face trimitere la documentația de atribuire aferentă anunțului de participare nr. care vizează procedura de atribuire a contractului de proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: Construire Arenă multifuncțională C.S. Așadar, fără nicio distincție în funcție de obiectul contractului, ... solicită îndeplinirea aceleiași cerințe privind capacitatea (cu excepția numărului mediu al personalului).

Contestatorul indică decizia CNSC nr. ... în vederea susținerii conduitei surprinzătoare a Autorității Contractante.

Astfel, contestatorul opinează că ar trebui avut în vedere faptul că independent de existența sau nu în documentația de atribuire a unor mențiuni exprese referitoare la posibilitatea de îndeplinire a cerinței prin un terț susținător, aceasta este oricum permisă de cadrul legal în vigoare, îndrumarea ANAP privind instituția "terțului susținător" așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile

publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale prevăzând:

"Obiectul susținerii din partea terțului susținător Criterii de calificare a căror îndeplinire poate fi realizată prin susținerea acordată de unul sau mai mulți terți susținători, respectiv criterii de calificare a căror îndeplinire nu poate fi realizată prin invocarea susținerii unui terț susținător. Un ofertant/candidat poate invoca susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la: (...)

B. Capacitatea tehnică și profesională, doar în legătură cu cele reglementate de art. 179 Ut. a), b), c), d), e), g), i) și j) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 192 lit. a), b), c), d), e), g), i) și j) din Legea nr. 99/2016, respectiv: (...)

Numărul mediu anual de personal al ofertantului/candidatului care prestează servicii ori execută lucrări și numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani (e.g. ofertantul demonstrează că deține în structura sa organizatorică un număr mediu anual al personalului de minim ...- în acest caz susținerea din partea unui terț se concretizează prin punerea la dispoziție de personal (e.g. leasing de personal, detașare);".

Se arată că documentele pe care terțul le va furniza în cazul de mai sus sunt, inter alia:

-Documente din care reiese că terțul dispune de resursele umane solicitate la nivelul criteriului de calificare, pe care le va pune la dispoziția contractantului.

-Documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera resursele invocate către contractant, atunci când va fi necesar în derularea contractului.

În continuare, conform îndrumării ANAP:

"Terțul nu poate susține:

-Îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și profesională reglementate de art. 179 lit. f) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 192 lit. f) din Legea nr. 99/2016, întrucât criteriul vizează capacitățile de producție ale ofertantului/candidatului care furnizează produsele sau capacitatea tehnică a ofertantului/candidatului care prestează serviciile;

-Îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și profesională reglementate de art. 179 lit. h) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 192 lit. h) din Legea nr. 99/2016, privind "precizarea măsurilor de management de mediu pe care operatorul economic le va putea aplica pe parcursul executării contractului" întrucât criteriul vizează proceduri implementate la nivel de operator economic ofertant pentru identificarea, planificarea, realizarea, verificarea și îmbunătățirea continuă a măsurilor de mediu specificate în cadrul șantierelor organizate;

-Criterii care privesc autorizații/atestare, din considerentul că autorizația/atestatul se poate utiliza numai în nume propriu. Singurele excepții sunt atunci când: (i) contractul de achiziție publică/sectorial vizează mai multe activități, iar autorizația/atestatul este necesar(ă) doar în realizarea unei/unor activități secundare a/ale contractului, (ii) autoritatea/entitatea contractantă nu a impus prin documentația de atribuire ca anumite sarcini esențiale să fie realizate în mod direct de către

oferant/ și (iii) entitatea terță participă direct și personal la executarea respectivelor activități."

Așadar, singurele ipoteze în care ofertantul nu poate invoca susținerea unui terț sunt cele mai sus expres și limitativ prevăzute.

Tocmai pentru argumentele mai sus arătate, petentul susține că, conduita Autorității Contractante de a nu permite demonstrarea îndeplinirii cerinței prin terț susținător sau subcontractant, apare ca fiind profund nelegală și se impune a fi remediată.

Se reține că principiile transparenței și al egalității de tratament stabilite prin art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016 și întărite prin art. 49 din Legea nr. 98/2016 care prevede că „Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.", sunt grav afectate prin forma actuală în care au fost publicate răspunsurile de clarificare din adresa nr. 5221/SA/29.08.2024 și adresa nr. 5336/SA/04.09.2024, prin lipsa de claritate, prin caracterul echivoc și incomplet, singura remediere posibilă trebuie să constea în anularea parțială a răspunsurilor de clarificare criticate, ca nelegal emise, precum și remedierea corespunzătoare a documentației de atribuire conform criticilor de mai sus.

În același timp, urmare a anulării parțiale a răspunsurilor la solicitările de clarificări contestate prin prezenta, contestatorul susține că se impune ca ofertanții interesați să beneficieze și de un interval de timp corespunzător pentru pregătirea ofertelor în baza unor cerințe clare și complete ale procedurii de atribuire.

Se indică art. 152 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 102 din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu minim 20 zile de la data rămânerii definitive a deciziei ce se va pronunța.

În final, autorul contestației redă argumente în susținerea capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire, apreciind că sunt întrunite condițiile necesare impunerii unei astfel de măsuri.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 57065/09.09.2024, autoritatea contractantă formulează punct de vedere în referire la cererea privind suspendarea procedurii de atribuire din cuprinsul contestației depusă de S.A., solicitând respingerea acesteia.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă formulează punct de vedere la contestația depusă de S.A., solicitând respingerea acesteia pentru următoarele:

Motivat de faptul că, toate criticile formulate prin contestația promovată de către SA sunt strict cu privire la fișa de date/documentația de atribuire, autoritatea contractantă înțelege să invoce excepția tardivității prezentei contestații prin raportare la data publicării în SEAP a anunțului de participare simplificat, și anume 31 iulie 2024.

Astfel, conform art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că este vorba despre o procedură simplificată, cu o valoare estimată mai mică decât pragul de publicare obligatorie a anunțului în JOUE, termenul de contestare este de 7 (șapte) zile calendaristice calculate de la data

publicării în SEAP a anunțului de participare simplificat. De asemenea, întrucât contestația vizează conținutul documentației de atribuire, termenul începe să curgă de la data publicării documentației de atribuire în SEAP:

„Art. 8

(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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: [...]

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică 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.

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire."

Prin raportare la dispozițiile normative citate anterior, autoritatea contractantă susține că prezenta contestație este tardivă, termenul de contestare expirând pe data de 7 august 2024, deci cu 30 de zile înainte de transmiterea contestației, pe 6 septembrie 2024. În consecință, contestația este tardivă prin depășirea termenului legal cu 30 de zile.

Autoritatea contractantă apreciază că contestatoarea încearcă să se repună în mod artificial în termenul de contestare făcând trimitere la răspunsurile la solicitările de clarificare. Acestea însă NU au modificat în niciun mod documentația de atribuire, deci termenul de contestare nu poate, sub nicio formă să curgă de la momentul publicării acestora, deoarece, prin respectivele răspunsuri, autoritatea contractantă și-a confirmat propria documentație de atribuire.

De asemenea, Autoritatea învederează că scopul și regimul juridic al solicitărilor de clarificare, respectiv al contestației sunt diferite, conform normele legislative aplicabile.

Astfel, conform art. 160 din Legea nr. 98/2016, *„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs"*, prin urmare, scopul solicitării de clarificări de către un operator economic este tocmai acela de a primi, din partea autorității contractante, lămuriri sau informații suplimentare cu privire la documentația de atribuire publicată. Cu alte cuvinte, în cazul în care există prevederi pe care operatorul economic le consideră neclare sau incomplete, acesta are dreptul, în condițiile legii, să se adreseze autorității contractante pentru a-i fi lămurite neclaritățile.

Spre deosebire de solicitarea de clarificări, contestația are un cu totul alt scop și regim juridic, precum și termene proprii. Astfel, în cazul în care un operator economic consideră vătămătoare o anumită prevedere a

documentației de atribuire și dorește ca aceasta să fie eliminată sau modificată, calea ce trebuie utilizată este contestația. În acest caz, operatorul economic nu are nicio nelămurire cu privire la cerința în cauză, dimpotrivă, acesta o înțelege, dar o consideră vătămătoare.

Aceste aspecte rezultă cu putere de evidență din reglementarea legală: - art. 8 alin. (1): *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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”*.

- art. 3 alin. (1) lit. f): *„persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”*.

Prin urmare, calea procedurală ce ar fi trebuit să fie urmată de operatorul economic era contestația la documentația de atribuire, dar, pentru a putea fi primită și soluționată, era necesară introducerea acesteia în termenul legal, care, în acest caz, este depășit cu 30 de zile.

Se arată că prima așa-zisă clarificare solicitată este *„vă rugăm să eliminați cerința prin care ofertantul trebuie să facă dovada că deține angajați arhitecți, deoarece această categorie de specialiști nu este în concordanță cu obiectul prezentei proceduri [...] Totodată se impune eliminarea cerinței de a prezenta extrase Revisal sau alte documente din care să reiasă efectivele medii anuale ale personalului angajat al Ofertantului. Menționăm că aceste date sunt publice [...]”*. Așadar, operatorul economic nu are nicio neclaritate pentru care ar solicita o clarificare autorității contractante, nici nu solicită informații suplimentare. Cerința îi este extrem de clară operatorului economic, doar că acesta nu este de acord cu ea, motiv pentru care solicită, *expressis verbis*, eliminarea acesteia. Rezultă așadar că situația operatorului economic se încadrează pe deplin în definiția persoanei vătămăte și în ipoteza depunerii unei contestații, în temeiul Legii nr. 101/2016.

A doua așa-zisă clarificare, ce vizează efectivele medii anuale de personal, este redactată în aceeași cheie: *„vă rugăm să completați cerința de calificare”*, în acest caz nesolicitându-se eliminarea, ci modificarea prin completare. Ca și în cazul precedent, operatorul economic nu are nicio neclaritate, ci nu este de acord cu aceasta și solicită modificarea cerinței.

În cea de a treia așa-zisă solicitare de clarificări, referitoare tot la efectivele medii anuale ale personalului angajat care prestează servicii și execută lucrări și al cadrelor de conducere, operatorul economic se adresează autorității contractante solicitând eliminarea acesteia și, în subsidiar, modificarea sa prin completare: *„Vă rugăm să eliminați cerința prin care ofertantul trebuie să facă dovada că deține angajați arhitecți, deoarece această categorie de specialiști nu este în concordanță cu obiectul prezentei proceduri [...] Menținerea acestei cerințe încalcă principiul proporționalității [...] Simplu dvs. răspuns „nu se acceptă” nu poate*

constitui un răspuns concludent, în lipsa unei explicații pertinente. În situația în care puteți justifica caracterul imperativ al menținerii cerinței de a prezenta un arhitect, atunci vă rugăm să completați în cadrul acestei cerințe [...]".

Ca și în cazurile precedente, operatorul economic nu are nicio neclaritate, nici nu solicită informații suplimentare, ci nu este de acord cu cerința, motiv pentru care solicită eliminarea sa ori, în subsidiar, modificarea prin completare.

Mai mult, autoritatea contractantă reține că însăși contestatoarea recunoaște caracterul tardiv al propriei contestații prin menționarea expresă a acestui aspect la punctul (20) pag. 8 din contestație: „dată fiind expirarea termenului de contestare a cerinței propriu-zise”.

Or, în contextul în care, admitând depunerea tardivă a contestației, contestatoarea precizează că „*dată fiind expirarea termenului de contestare a cerinței propriu-zise, arătăm doar că ceea ce înțelegem să criticăm prin prezenta este conduita nelegală a Autorității Contractante de a îngreuna dreptul operatorilor economici de a demonstra îndeplinirea cerinței prin subcontractanți atât timp cât aceștia ar urma să presteze servicii și să execute lucrări în cadrul viitorului contract*”, rezultă, în opinia Autorității, că prezenta contestație are un caracter pur teoretic și ipotetic, fără o finalitate reală prin raportare la procedura de atribuire a cărei documentație este contestată, deci este, în plus, și lipsită de interes.

În consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă prezenta contestație ca fiind tardiv introdusă.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr., contestatorul depune *Note scrise* la punctul de vedere al autorității contractante în care se invocă excepția tardivității contestației, solicitând respingerea acesteia, pentru următoarele motive:

Contestatorul învederează că a atacat prin contestația formulată, solicitând anularea parțială, a următoarelor acte ale Autorității Contractante: Adresa nr. 5221/SA/29.08.2024 și Adresa nr. 5336/SA/04.09.2024 cuprinzând răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Se menționează că aceste acte ale Autorității Contractante au fost publicate la data de 29.08.2024, respectiv 04.09.2024, iar numai de la aceste date se poate calcula termenul de contestare de 7 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea 101/2016.

Este relevant în opinia contestatorului faptul că acesta a înțeles să critice răspunsurile de clarificări emise de Autoritatea Contractantă care, chiar dacă nu sunt de natură să modifice documentația de atribuire, nici nu lămuresc/ clarifică această documentație astfel încât să se respecte cadrul legal în vigoare.

În concret, petentul a arătat că cerința privind capacitatea tehnică impusă prin documentația de atribuire este nejustificată prin prisma răspunsurilor la solicitările de clarificări întrucât Autoritatea contractantă nu permite demonstrarea inclusiv prin susținerea unui terț sau prin subcontractant/ți, după cum în mod expres se prevede în art. 182 din Legea nr. 98/2016, cu consecința limitării în mod nepermis și nelegal a participării la procedura de atribuire.

Astfel, contestatorul a criticat prin contestație doar conduita nelegală a Autorității Contractante de a îngreuna dreptul operatorilor economici de a demonstra îndeplinirea cerinței prin terți susținători sau subcontractanți atât timp cât aceștia ar urma să presteze servicii și să execute lucrări în cadrul viitorului contract.

În subsidiar, contestatorul subliniază faptul că Autoritatea contractantă încearcă să determine concluzia în sensul că acesta ar fi recunoscut caracterul tardiv al contestației (punctul 20), însă aceasta este o concluzie profund eronată, fiind citate mențiunile sale doar trunchiat.

Ceea ce a arătat petentul la punctul 20 din contestație a fost că, dimpotrivă, nu pune în discuție și nu detaliază motivele pentru care cerința din Fișa de date, astfel cum a fost formulată se abate de la prescripțiile legale și este neclară.

Date fiind limitările/interdicțiile iterate prin răspunsurile de clarificare din data de 28.08.2024, respectiv 04.09.2024 pentru care nu există nicio justificare din punct de vedere legal, contestatorul susține că autoritatea contractantă are la îndemână

Absența oricărei justificări pentru modul de formulare a cerințelor și refuzul de a răspunde solicitărilor de clarificări absolut pertinente, este încă o dată evidentă față de cele exprimate de în Punctul de vedere. Punctual, contestatorul arată că niciun argument concret nu este adus de Autoritate cu privire la interdicția de a demonstra îndeplinirea cerinței prin terți susținători și/sau subcontractanți.

În ciuda lecțiilor de gramatică și cursului de achiziții publice pe care le susține în Punctul de vedere, contestatorul opinează că, dacă Autoritatea contractantă intenționa să lase la voia întâmplării categoriile de personal care prestează servicii și execută lucrări și cadrele de conducere și care ar trebui să fie de minim 71 de persoane în medie în ultimii 3 ani, ar fi putut să formuleze cerința ca atare, redând tocmai textul din prevederea legală (art. 179 lit. i) din Legea nr. 98/2016: *"Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) i) o declarație cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări și numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani"*. Dacă enumerarea este exemplificativă, atunci ofertanții pot la fel de bine să indice oricare poziții din personalul angajat atât timp cât media este de 71 de persoane în ultimii 3 ani.

Totodată, contestatorul subliniază că nu a criticat numărul impus de Autoritate. "Falsele probleme" sunt mai degrabă ridicate de Autoritatea Contractantă prin Punctul de vedere, iar această abordare este menită doar să "distragă" atenția Consiliului de la criticile reale și întemeiate aduse de petent prin contestația formulată.

Pentru motivele mai sus arătate, contestatorul solicită Consiliului să respingă excepția tardivității contestației.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... S.A. depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de ... SA - ..., în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, execuție lucrări și asistenta tehnică pentru obiectivul de investiție: înființare colector de transfer ape uzate menajere și conductă de transport a apei în zona strada - 10650”, cod CPV 45200000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva Adresei nr. 5221/SA/29.08.2024 și a Adresei nr. 5336/SA/04.09.2024, reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, ... S.A. a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității introducerii contestației depusă de S.A. invocată de autoritatea contractantă.

În soluționare, se reține că S.A., nemulțumită de Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5221/SA/29.08.2024, postat în SEAP la data de 29.08.2024, ora 11:38 și Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5336/SA/04.09.2024, postat în SEAP la data de 04.09.2024, ora 12:23, a transmis contestația, atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă, la data de 06.09.2024, prin e-mail (poșta electronică).

Analizând contestația formulată prin prisma actului atacat, Consiliul reține că, deși documentele *Adresa nr. 5221/SA/29.08.2024 și Adresa nr. 5336/SA/04.09.2024, reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire*, postate în SEAP la data de 29.08.2024, ora 11:38, respectiv data de 04.09.2024, ora 12:23, clarifică aspecte ce privesc documentația de atribuire, autoritatea contractantă își menține specificațiile din cadrul caietului de sarcini, considerate abuzive și restrictive de către contestator.

Prin urmare singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului este, în cazul de față, documentația de atribuire/Fișa de date, act de care S.A. a luat la cunoștință în data de 31.07.2024, data publicării acesteia în SEAP.

În aceste condiții, nu are nicio relevanță faptul că S.A. susține în mod formal contestarea răspunsurilor la clarificări, întrucât prevederile pretins nelegale sunt cuprinse în documentația de atribuire și nu în actele mai sus menționate.

Astfel, Consiliul reține că operatorul economic cunoștea cerințele Fișei de date a achiziției, pe care acum le apreciază ca fiind nelegale, încă de la data publicării documentației – 31.07.2024 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele respective, dacă dorea eliminarea, completarea sau schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de legiuitor. Purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă își menține cerințele impuse) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Acest termen legal ar

ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit.

Potrivit prevederile art. 160 al Legii nr. 98/2016:

"(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege".

Așa cum se observă din textele citate, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, legiuitorul stabilind în sarcina autorității contractante să răspundă în mod clar și complet acestora.

Însă, parcurgând conținutul documentele Adresa nr. 5221/SA/29.08.2024 și Adresa nr. 5336/SA/04.09.2024, reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, postate în SEAP la data de 29.08.2024, ora 11:38, respectiv data de 04.09.2024, ora 12:23, se observă că, în fapt, solicitările operatorului economic nu au avut ca scop clarificarea cerințelor Fișei de date a achiziției, ci modificarea lor, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

În aceste condiții, ținând cont de data luării la cunoștință a prevederilor considerate nelegale, raportat la data formulării contestației, Consiliul reține următoarele:

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, așa cum a fost modificată și completată prin OG nr. 3/2021: *"(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare."*

Conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din același act normativ:

"(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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:

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este

mai mică 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”.

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Potrivit anunțului de participare simplificat nr. ... publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de lucrări care face obiectul contestației este de 19.649.769,02 lei, prin urmare mai mic decât pragurile valorice, prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Astfel, având în vedere cele anterior menționate și ținând cont de faptul că S.A. a luat la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire în data de 31.07.2024 (data publicării acesteia în SEAP), rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC cât și către autoritate contractantă, până la data de 07.08.2024 inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației la CNSC și autoritatea contractantă în data de 06.09.2024 reprezintă un demers tardiv al S.A., în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge ca tardivă contestația depusă de S.A. în contradictoriu cu SA.

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) din Legea nr. 101/2016, admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge ca tardivă contestația depusă de S.A. în contradictoriu cu SA, în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile de la comunicare.