C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 180219/..... din ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., înaintată de ..... SA, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – reprezentant vânzări, formulată împotriva adresei nr. 1428/12.02....., reprezentând comunicare ..... procedură, emisă de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului, ...

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

Prin contestația nr. 180219/..... din ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., ... SA atacă adresa nr. 1428/12.02....., reprezentând comunicare ..... procedură, stabilită de ....., potrivit căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că nu au fost prezentate documente suport în vederea demonstrării modului efectiv prin care terțul susținător ..... va asigura îndeplinirea propriului angajament.

În fapt, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 640/17.01....., autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la experiența similară descrisă în angajamentul terțului susținător amintit. Prin adresa nr. 827/23.01....., s-a arătat clar îndeplinirea cerinței și modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului său

angajament, însă comisia de evaluare a concluzionat că răspunsul nu este favorabil, respingându-i oferta, ca inacceptabilă, cu invocarea prevederilor art. 182 alin. (4) art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Din analiza textelor legale invocate de autoritatea contractantă în respingerea ofertei sale, contestatoarea apreciază că incidența acestora poate interveni numai atunci când un ofertant nu transmite un răspuns autorității contractante sau când răspunsul este incomplet sau neconcludent, incidență nesupusă cazului de față, întrucât, din documentele prezentate, reiese clar modul efectiv prin care terțul susținător își va îndeplini propriul angajament.

De asemenea, din cuprinsul DUAE se poate observa că terțul susținător a prezentat, în extenso, experiența relevantă pe care o deține în domeniul serviciilor care fac obiectul contractului în discuție și, totodată, prin Anexa angajamentului de susținere efectivă, terțul susținător a precizat că: "".....cunoaşte conţinutul ofertei tehnice depusă și asumată de ofertantul ..... SA, în care s-au ținut cont de elementele de risc și de situația, puțin probabilă, în care terțul sustinător, ..., va trebui să execute și să desfășoare contractul. .....își asumă fiecare punct din oferta tehnică, în care ofertantul ..... SA detaliează și demonstrează executarea contractului".

Totodată, contestatoarea menționează că ..... îndeplineşte cerinţele privind experienţa similară cerută de autoritatea contractantă, așa cum reiese din extrasul DUAE, respectiv „Proiectul digitizării constă din material arheologic: 450 de calendare arheologice de excavare - Total 172.223 pagini; 33.596 fotografii color, 92.119 fotografii alb-negru şi 2.507 diapozitive; Scanarea tridimensională a 60 de obiecte (sculpturi) ale Muzeului; Fotografie digital a 550 de exponate (înainte şi înapoi pentru a completa fotografiile existente pe partea frontală a exponatelor). Conform acestui contract, au fost digitizate în total 300.445 de pagini/fotografii, inclusiv 172.223 pagini de calendare de excavare. În total peste 175.000 pagini au fost scanate manual, cu echipamente tip face-up".

Invocând prevederile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea apreciază că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale este nelegală, întrucât a îndeplinit, pe deplin, cerințele privind experiența similară, solicitând astfel anularea actului atacat, a raportului procedurii, precum și toate documentele care au stat la baza emiterii comunicării rezultatului procedurii.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 2 alin. (2) și art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2038/21.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 7428/27.02....., autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de ..... SA și copii din dosarul achiziției publice, solicitând constatarea caracterului nefondat al contestației și continuarea procedurii.

Autoritatea contractantă arată că, în urma evaluării formularelor DUAE ale ofertanților participați în procedură, comisia de evaluare a solicitat clarificări tuturor ofertanților participanți în procedură, inclusiv

ofertantului contestator, solicitându-i informații cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței de experiență similară, conform informațiilor prezentate în DUAE, împreună cu documentele suport din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Solicitarea de clarificare a survenit datorită faptului că, din angajamentul terțului susținător ..... (..... privind susţinerea tehnică - experienţă similară şi Anexa la angajament, din data de 23.11.2018, rezultă că valoarea totală a contractului prezentat este de 1.081.774,70 euro, iar valoarea totală a serviciilor ..... este de 728.193,90 euro. De asemenea, valoarea serviciilor de digitizare a tuturor materialelor (calendare de excavare, fotografii, scanare 3D) este de 266.541,72 euro, respectiv o pondere de 24,63 % din valoarea totală a contractului.

Or, conform fișei de date a achiziției Secţiunea *III.1.3. a) - Capacitatea tehnică şi/sau profesională*, pentru evaluarea respectării cerinţelor menţionate, ofertantul avea obligaţia completării informaţiilor:

„Ofertantul trebuie să dovedească faptul că în ultimii 3 ani a prestat servicii similare celor solicitate în prezentul contract, având o valoare cumulată de cel puţin 647.057,16 RON, valoare care se poate demonstra prin însumarea serviciilor livrate la nivelul a cel puţin unui contract. Prin servicii similare se înţelege scanarea manuală de tip face-up de documente, într-o cantitate de cel puţin 173.660 pagini, dintre care cel puţin 30 % să fi fost deteriorate. La nivelul DUAE trebuie precizate informaţii referitoare la: numărul şi data contractului invocat drept experienţă similară, valoarea, beneficiul, data şi numărul documentului de recepţie, precum şi ponderea şi/sau activităţile pentru care operatorul a fost responsabil”.

În data de 23.01....., terțul susținător ..... (...) a transmis o adresă prin care face precizări privind lista resurselor umane, materialelor și a echipamentelor deținute și a reatașat documentul european de achiziție unic (DUAE), fără însă a atașa documentele suport din care să rezulte modul efectiv prin care, ca terţ susţinător, va asigura îndeplinirea propriului angajament de susţinere şi fără a face dovada faptului că, în ultimii 3 ani, a prestat servicii similare celor solicitate, având o valoare cumulată de cel puţin 647.057,16 RON, precum şi a documentului de recepţie a serviciilor prestate.

După analizarea acestui răspuns, comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei ..... SA, pe motiv că nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Referitor la criticile prezentate în contestația ..... SA, autoritatea contractantă le apreciază nefundamentate și fără relevanță, în raport cu procedura desfășurată, fiind de natură a tergiversa derularea ei, întrucât, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul contestator a transmis o adresă din partea terțului susținător și a retransmis declarația DUAE, prin care se descrie lista resurselor materiale și a echipamentelor și resurselor umane pe care acesta le deține, dar care nu fac obiectul angajamentului de susținere.

În ceea ce priveşte informaţiile prezentate cu privire la susţinerea tehnică - experienţa similară, se arată de către autoritatea contractantă

că singurele menţiuni făcute sunt următoarele: „Subscrisa a înţeles prin participarea la prezenta procedură de achiziţie publică să susţină pe TELEKOM [...], în ceea ce priveşte îndeplinirea experienţei similare, pe care noi o îndeplinim fiind o societate cu o vastă experienţă pe piaţa de profil. Compania ..... Grecia oferă servicii de digitizare documente, digitizare tridimensionale (cu ajutorul echipamentelor laser şi fotogrammetrice) şi microfilmare de peste 35 de ani, având peste 150 de contracte şi peste 300 milioane documente şi obiecte digitizate".

Contrar celor afirmate de contestatoare, s-au solicitat, inclusiv, documente suport din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, însă aceasta nu s-a conformat solicitării.

Deși contestatoarea pretinde că, prin răspunsul la solicitarea de clarificare, a arătat în mod clar îndeplinirea cerinței și modul efectiv în care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului său angajament, în fapt, s-a transmis o adresă din partea terțului susținător și a retransmis declarație DUAE a acestuia.

Or, în lipsa prezentării celor solicitate, comisia de evaluare s-a aflat în imposibilitatea de a verifica modalitatea de îndeplinire a cerinței de experiență similară de către contestator, prin intermediul terțului susținător.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei că nu s-ar justifica măsura de respingere a ofertei sale prin articolele de lege invocate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă susține că, în conformitate cu dreptul conferit de prevederile art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, a solicitat documente din care să rezulte modul efectiv de susținere.

Mai mult, în cadrul documentației de atribuire, operatorii economici au fost informați despre această posibilitate încă de la momentul publicării ei, menţiunea regăsindu-se la nivelul fişei de date, capitolul II.2.14.

În consecință, contestatoarea avea obligația prezentării documentelor solicitate, în lipsa acestora și imposibilitatea verificării modalitatea de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, autoritatea contractantă procedând întocmai dispozițiilor legislative.

Privitor la solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă o apreciază nefondată, întrucât nu sunt întrunite condițiile ce ar putea determina anularea unei proceduri.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ..... SA, ca nefondată, în drept, invocând prevederile Legii nr. 101/2016.

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

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de conținutul adresei nr. 1428/12.02....., reprezentând comunicare ..... procedură, ... SA a înaintat contestația de față, solicitând .....

Ca urmare a solicitării Consiliului, a fost transmisă de contestatoare și recipisa de consemnare a cauțiunii, în valoare de 12.942,00 RON, emisă de CEC Bank Sucursala Lipscani în data de 21.02....., sub nr. 205262515/1. Exemplarul original al recipisei de consemnare a fost înaintat, spre păstrare, pe durata soluționării contestației, Serviciului Economic din structura administrativă a CNSC, fiind înregistrat sub nr. 258/22.02.....

Consiliul reține că părțile sunt în dispută privitor la temeinicia măsurii dispuse de autoritatea contractantă, în etapa de analiză a DUAE, privitor la excluderea ofertei contestatoarei, în lipsa dovezilor privind modalitatea concretă de îndeplinire a cerinței specifice de experiență similară.

În fapt, autoarea criticilor pretinde că răspunsul său, la corespondența nr. 640/17.01..... a autorității contractante, ar asigura informațiile de clarificare necesare aprecierii că îndeplinește cerința de experiență similară.

Contrar acestei opinii, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a fost îndreptățită să aprecieze că oferta ..... SA nu conține (nici după etapa de clarificare amintită) dovezile de îndeplinire a cerinței de experiență similară, răspunsul de clarificare neaducând acele informații de natură concretă, solicitate explicit: ”modalitatea de îndeplinire a cerinței mai sus menționate, împreună cu documentele suport din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere”.

Consiliul are în vedere că această modalitate de îndeplinire a unei cerințe de calificare (prin susținerea unui terț față de părțile contractului) este permisă prin lege, iar documentele ce dovedesc susținerea efectivă ar trebui prezentate odată cu angajamentul acelui terț-susținător, conform prevederilor art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: *Odată cu angajamentul de susţinere, ofertantul/candidatul are obligaţia să prezinte documente transmise acestuia de către terţul/terţii susţinător/susţinători, din care să rezulte <u>modul efectiv</u> prin care terţul/terţii susţinător/susţinători <u>va/vor asigura îndeplinirea propriului</u> angajament de susţinere, documente care se vor constitui <u>anexe la</u> respectivul angajament.*

Prin urmare, simpla declarație, prin angajament sau alte documente similare, că un operator economic va susține un ofertant oarecare nu poate fi considerată o dovadă a îndeplinirii cerinței de calificare vizate de acea susținere.

În cazul de față, Consiliul constată că autoarea contestației nu face dovada că ar fi pus la dispoziția autorității contractante documente care să prezinte modul efectiv de susținere a sa de către operatorul economic terț. Adresa nr. 827/23.01..... cuprinde doar o prezentare succintă a resurselor de care dispune terțul, a experienței lui similare și o declarație pe onoare că va putea asigura ”îndeplinirea integrală, reglementară și la

termen a obligațiilor contractuale, prin implicarea noastră directă, cu intervenție în maxim 8 ore”.

Or, în considerarea obligațiilor legale de a proba modul efectiv de susținere, această adresă nu procură informații de certitudine pentru autoritatea contractantă, cu privire la modalitatea efectivă de implicare a terțului în execuția contractului, la nevoie.

De asemenea, nici retransmiterea declarației DUAE nu conferă autorității contractante garanții suplimentare celor deținute de ea înainte de solicitarea de clarificare, privitoare la modalitatea efectivă de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară.

Conform prevederilor art. 48 alin. (2) din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă are obligaţia de a lua în considerare această susţinere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentaţiei de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii:*

a) terţul/terţii susţinător(i) pot dovedi că deţin resursele invocate ca element de susţinere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităţilor ce acordă susţinerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terţul susţinător nu este declarat subcontractant.

Având în vedere faptul că, în speță, oferta contestatoarei se sprijină pe experiența similară a unui operator economic aflat la distanță apreciabilă față de locul prestării viitoarelor servicii, cu atât mai mult se impunea a fi analizată efectivitatea intervenirii acestei susțineri, în sensul detalierii modalităților de implicare a resurselor deținute (eventuala relocare a lor) și de acoperire a costurilor (conform ofertei susținute).

Consiliul consideră relevante, în aprecierea asupra lipsei efectivității susținerii de acest tip, și concluziile preliminare nr. 38 și 41 (și nu numai), ale Curții de Justiție Uniunii Europene, în cauza C 324/14:

38. Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă. [...]

41. De asemenea, nu se poate exclude ca, în împrejurări deosebite, având în vedere natura și obiectivele unui contract determinat, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat să nu poată fi transmise ofertantului. În consecință, în astfel de împrejurări, ofertantul nu se poate prevala de respectivele capacități decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.

Astfel fiind, Consiliul consideră că lipsa de concludență a informațiilor de clarificare solicitate contestatoarei a fost corect apreciată de autoritatea contractantă, iar motivarea în drept a deciziei de respingere, inclusiv pe dispozițiile art. 134 alin. (5) din amintitele Norme de aplicare a Legii nr. 98/2016, exactă.

Drept care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația ..... SA, formulată împotriva adresei nr. 1428/12.02....., emisă de ....., în procedura inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ...../.....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

.....