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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de asocierea formată din ..... SA cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată în Registrul Comerțului din ..... la ....., cod de identificare fiscală A 28091338, reprezentată de domnul ..... - împuternicit, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului din ..., cod de identificare fiscală ..., atribut fiscal NL, reprezentată de domnul ... - director, și SC ... SRL, cu sediul în ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., CUI ..., reprezentată de domnul ... - administrator, asociere cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în ....., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii „.....”, coduri CPV 71356200-0, 71241000-9 și altele, cu data-limită de depunere a ofertelor 05.12.2016, organizată de SC ..... SA, cu sediul în....., număr de înregistrare în registrul comerțului J07/377/2009, CUI 26161230, în calitate de entitate 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 asocierea ofertantă ..... SA - ... -

SC ... SRL reclamă decizia entității contractante SC ..... SA de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, în urma deciziei Consiliului nr. 1961/...../...../01.08....., entitatea i-a solicitat clarificări, prin adresa nr. 137/10.08.....: „precizați în mod concret modul de îndeplinire a cerinței nr. 1 din Fișa de date referitoare la capacitatea tehnică și profesională (Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani), de către asociere, indicând clar și concret, modalitatea prin care se demonstrează îndeplinirea cerinței de către fiecare asociat, proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract sectorial, având în vedere precizarea dvs. clară din răspunsul nr. 68/18.04..... la solicitarea de clarificare nr. 47/11.04....., că nu beneficiați de susținere pentru îndeplinirea acestei cerințe.”, iar asocierea a răspuns cu adresa nr. 134/ 16.08.....: „1. Așa cum am menționat și în răspunsul nostru nr. 21 din data 15.02....., în vederea îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară ne folosim de capacitatea tehnică a 2 dintre subcontractanții nominalizați în cadrul candidaturii noastre, și anume:

- *...;*
- *...;*

a căror experiență similară va fi folosită în vederea îndeplinirii cerinței nr. 1 punctele:

- *sprijin în elaborarea Aplicației de Finanțare, inclusiv de elaborare a Studiului de fezabilitate aferent;*
- *elaborare de documentații de atribuire pentru contracte de lucrări tip execuție si tip proiectare si execuție*”.

La pct. 2 din răspuns a fost detaliată modalitatea de îndeplinire a cerinței prin membrii asocierii și subcontractanții „furnizori” de experiență similară.

De asemenea, odată cu răspunsul nr. 134/16.08....., s-a depus și DUAE revizuit, prin care se confirmă utilizarea capacităților altor entități, respectiv ale subcontractanților nominalizați ... și ..., în vederea îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară.

La 24.08....., entitatea i-a comunicat că oferta sa a fost din nou respinsă, cu următoarele argumente:

- art. 140 alin. (4) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016 - „*deoarece clarificările nu sunt concludente*”;
- art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 - „*deoarece nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia*”, nu respectă obligația prevăzută de art. 202 alin. (2) din Legea nr.99/2016: „*nu include în DUAE propriu informații cu privire la terțul/terții susținători*”;

- art. 228 alin (4) din Legea nr. 99/2016 - *„deoarece nu îndeplinește cerințele de calificare prevăzute în documentele achiziției*”;

- art. 143 alin. (2) lit. b) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016 - *„deoarece nu îndeplinește una dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire*”: capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este precizată la cap. III.2.3.a) din fișa de date și anunțul de participare.

Referitor la primul argument, având în vedere definiția pe care dicționarul o dă cuvântului „concludent”, despre clarificarea asocierii nr. 134/16.08..... s-ar putea spune că nu este concludentă numai în cazul în care ar fi trebuit să prezinte probe materiale care să facă dovada celor susținute sau declarate. Or, clarificarea nr. 134/16.08..... constituie o precizare, o explicație amănunțită a modului de îndeplinire a cerinței din fișa de date referitoare la capacitatea tehnică și profesională, întocmai cum s-a solicitat.

Entitatea se află în eroare susținând: „... *legislația în materia achizițiilor publice nu dă posibilitatea ofertanților să îndeplinească cerința prin intermediul subcontractantului, ci doar de către ofertant singur, în asociere sau invocând și susținerea acordată de către o altă persoană (conform art. 196 din Legea 99/2016 și art. 55 din HG 394/2016), comisia de evaluare a solicitat consiliere metodologica de la ANAP iar răspunsul acestora a fost clar și anume: «în cazul în care ofertantul dorește să se folosească de susținerea subcontractantului, privind capacitatea tehnică și profesională, ofertantul are obligația de a declara acest lucru în propriu DUAE la secțiunea a II-a, litera C: Informații privind utilizarea capacității altor entități»*.”

Asocierea a procedat întocmai răspunsului citat al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice.

Art. 196 din Legea nr. 99/2016 și art. 55 din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016 consacră dreptul unui operator economic de a recurge la susținerea unui terț, dar, în același timp, nu exclud posibilitatea ca operatorul să îndeplinească criteriile privind capacitatea tehnică și profesională cu ajutorul subcontractantului - art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.

Modul în care a fost completat DUAE este corect:

- la partea a II-a, litera C: Informații privind utilizarea capacităților altor entități, s-a bifat „Da”;

- la partea a II-a, la litera A: Informații privind operatorul economic, pct. b), au fost nominalizate societățile care fac parte din asociere și subcontractanții;

- la partea a II-a, litera D: Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează, au fost

nominalizați subcontractanții care nu au o contribuție la îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională, respectiv societățile ..., ...și ... SA.

În adresa de respingere a ofertei, la pag. 3, entitatea afirmă: *„în baza art. 221 din Legea 99/2016, comisia a solicitat clarificări privind informațiile deja cuprinse in documentele prezentate; acceptând transformarea subcontractantului în terț susținător (solicitându-i să-l declare pe subcontractant ca și terț susținător), doar pe baza opiniei ANAP, fără ca ofertantul să-l fi declarat, se încalcă:*

- dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care prevăd că entitatea contractanta nu are dreptul ca prin clarificările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant;

- art. 2 alin. (2) lit. b - Principiul tratamentului egal din Legea nr. 99/2016."

Referitor la acest aspect, s-a declarat, atât în DUAE, cât și în conținutul clarificărilor, că asocierea, pentru îndeplinirea cerințelor din fișa de date, se bazează pe capacitățile a doi dintre subcontractanții săi și nu se pune problema ca aceștia să fie acceptați de către entitatea contractantă în calitate de terți susținători, atâta vreme cât art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 impune ca entitatea să ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Spre deosebire de terții susținători care intervin numai cazul excepțional în care ofertantul nu poate să-și îndeplinească obligațiile asumate, subcontractantul declarat în cadrul procedurii este implicat efectiv în executarea contractului în baza acordului de subcontractare, aceasta fiind și rațiunea existenței art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016. Nu se poate pune semnul egal între rolul celor două categorii de participanți la executarea contractului de achiziție: subcontractant și terț susținător.

Entitatea interpretează eronat textul de lege atunci când susține că subcontractantul se transformă în terț susținător, ceea ce este absurd. Dacă s-ar accepta această idee, subcontractantul și-ar îndeplini obligațiile asumate prin acordul de subcontractare numai în cazul imposibilității ofertantului care a câștigat contractul de a își îndeplini obligațiile.

Nu este întemeiat nici al doilea argument invocat pentru respingerea ofertei, bazat pe art. 202 alin. (2) și art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, deoarece, conform DUAE revizuit și clarificărilor, asocierea nu are terți susținători, ci subcontractanți.

Referitor la ultimele două argumente, entitatea nu are temei pentru excluderea din calculul valorii contractelor prezentate pentru

demonstrarea experienței similare a asociatului ..... SA a valorii contractelor subcontractanților ... și ..., de 653.038,30 lei.

Contestatoarea consideră că entitatea nu a respectat decizia Consiliului nr. 1961/...../...../01.08..... la reevaluarea ofertei sale.

În punctul de vedere nr. 164/18.09..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 39072/18.09....., entitatea contractantă susține, în apărare, că răspunsul asocierii la solicitarea de clarificări este neconcludent. Asocierea nu se poate folosi de capacitatea tehnică și profesională (experiența similară) a altei persoane ca și cum ar fi a sa, ci doar de propria capacitate (experiența similară). De asemenea, poate să fie susținută de către un terț susținător tehnic care, în același timp, să fie și subcontractant, însă ambele calități ale operatorului economic trebuie declarate în DUAE. În situația de față, asocierea „declară că nu beneficiază de terți susținători, ci se bazează pe subcontractanții propuși pentru îndeplinirea cerinței, fără a declara acest lucru în DUAE". Importanța declarării celor două calități rezidă din modul în care se manifestă:

- în perioada de evaluare a ofertelor, terțul susținător îl ajută pe ofertant să îndeplinească cerința privind capacitatea tehnică și profesională (experiența similară), nu ii cedează experiența sa;

- în perioada de implementare, după semnarea contractului, în calitate de subcontractant, va presta serviciile pentru care s-a angajat în ofertă.

Confuzia creată constă în faptul că ..... SA declară că folosește experiența similară a subcontractantului și, în același timp, că nu are nevoie de terț susținător, deși singură nu poate îndeplini cerința, susținând în continuare că poate lua capacitatea subcontractantului și să o alipească de capacitatea sa, ca și cum ar fi propria capacitate.

„Subcontractantul propus se obligă de la început să execute o parte din servicii, ceea ce presupune că are capacitatea să o facă; având capacitate, ofertantul se poate folosi de acesta transformându-l prin declarare în terț susținător. Subcontractantul care în evaluare îl susține pe ofertant se comportă ca terț susținător doar până la semnarea contractului, după care se comportă ca și subcontractant, prestează efectiv serviciile. Terțul susținător tehnic declarat se obligă de la început să îl ajute în evaluare la îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională, iar în implementare intervine doar la nevoie, vine să îl ajute la execuție doar în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți."

În cazul de față, asocierea trebuia să declare pentru subcontractanți ambele calități, iar nu că nu are terți susținători.

Cu privire la cel de-al doilea temei invocat pentru respingerea ofertei asocierii, având în vedere regulile de utilizare/modul de completare a DUAE din notificarea emisă de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice la 01.09.2016, pentru a putea fi admis, DUAE trebuia să arate astfel:

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic		
A - informații privind operatorul economic Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreuna cu alții? b) vă rugăm să îi identificați pe **ceilalți operatori** economici **care mai participă** la procedura de achiziții publice:	C: Informații privind **utilizarea capacităților altor entități**	D: Informații privind **subcontractanții** pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează;
...- asociat, ... SRL - asociat ...- subcontractant, ...- subcontractant, ... - subcontractant, **...** - subcontractant **și terț susținător tehnic** **... -** subcontractant **și terț susținător tehnic**	● DA o NU **Consortium name** ..., ...	● DA o NU Dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși: 1...., 2. ... 3. ..., 4. ..., 5. ...

Ofertantul a depus DUAE astfel:

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic		
A - informații privind operatorul economic Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreuna cu alții ? b) vă rugăm să îi identificați pe **ceilalți operatori** economici **care mai participă** la procedura de achiziții publice:	C: Informații privind **utilizarea capacităților altor entități**	D: Informații privind **subcontractanții** pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează;
...- asociat, ... SRL - asociat ...- subcontractant, ...- subcontractant, ... - subcontractant, **...** - subcontractant …. **-** subcontractant	**● DA** o NU **Consortium name** …..	**● DA** o NU Dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși: 1...., 2. ... 3. ..., **4. ...,** **5. ….**

A retransmis, ca răspuns la solicitarea de clarificări inițială, un DUAE completat astfel:

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic		
A - informații privind operatorul economic Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreuna cu alții ? b) vă rugăm să îi identificați pe	C: Informații privind **utilizarea capacităților altor entități**	D: Informații privind **subcontractanții** pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează;

ceilalți operatori economici **care mai participă** la procedura de achiziții publice:		
...- asociat, ... SRL - asociat ...- subcontractant, ...- subcontractant, ... - subcontractant, **...** - subcontractant …. subcontractant	o NU • **DA**	• **DA** o NU Dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși: 1...., 2. ... 3. ..., **4. ...,** **5. ….**

A retransmis, ca răspuns la solicitarea de clarificări formulată după decizia Consiliului, un DUAE completat astfel:

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic		
A - informații privind operatorul economic Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreuna cu alții ? b) vă rugăm să îi identificați pe **ceilalți operatori** economici **care mai participă** la procedura de achiziții publice:	C: Informații privind **utilizarea capacităților altor entități**	D: Informații privind **subcontractanții** pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează;
...- asociat, ... SRL - asociat ...- subcontractant, ...- subcontractant, ... - subcontractant, **...** - subcontractant … **-** subcontractant	• **DA** o NU	• **DA** o NU Dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși: 1...., 2. ... 3. ...,

Concluzionând, entitatea contractantă afirmă că:

- ofertanta nu are capacitate să îndeplinească singur cerința privind capacitatea tehnică și profesională, proporțional cu implicarea în viitorul contract;

- declară că nu are terți susținători;

- declară că se folosește de capacitatea subcontractantului pentru îndeplinirea cerinței.

În situația dată, pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională, comisia de evaluare a considerat că ofertanta trebuia, în DUAE, să declare că operatorii economici ... și .... și de terți susținători tehnic.

Ofertantul se poate folosi de capacitatea subcontractantului numai dacă îl declară și terț susținător, ceea ce ofertanta refuză să o facă, menționând la pag 6 din contestație și în răspunsurile la solicitările de clarificări că „asocierea nu are terți susținători, ci se

bazează pe subcontractanți pentru îndeplinirea cerinței din fișa de date, așa cum am mai arătat anterior”.

Cerința de calificare trebuie îndeplinită de fiecare asociat proporțional cu implicarea în viitorul contract. Deoarece nici asocierea și nici liderul de asociere nu are terți susținători rezultă că cerința privind capacitatea tehnică și profesională trebuie să fie îndeplinită de către lider, singur, proporțional cu implicarea în viitorul contract sectorial. Din documentele depuse rezultă că liderul nu îndeplinește cerința, context în care DUAE depus de către liderul de asociere a fost respins. Pentru a se lua în considerare valoarea contractelor subcontractanților nominalizați, aceștia trebuiau declarați și terți susținători.

SC ..... SA a procedat la reevaluarea ofertei, solicitând clarificări asocierii prin prisma precizărilor din decizia precedentă a Consiliului, cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței. În răspunsul furnizat, asocierea nu a făcut altceva decât să reconfirme lipsa terților susținători.

Nivelul valoric concret al experienței similare aparținând celor doi subcontractanți există în DUAE depus de către cei doi subcontractanți, însă nu se puteau lua în considerare aceste valori la calcul, subcontractanții nefiind declarați și terți susținători.

Entitatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației, ca nefondată, și menținerea rezultatului stabilit de comisia de evaluare.

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 ....., entitatea contractantă SC ..... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de servicii de asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul ....., etapa I - asistență tehnică pentru proiectare și etapa II - asistență tehnică pentru managementul proiectului și supervizarea lucrărilor, perioada 2014-2020, servicii estimate valoric la 49.717.382 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse zece oferte, între care și aceea a asocierii ..... SA - ... - SC ... SRL, care a fost respinsă, de către entitatea achizitoare, ca inacceptabilă, întrucât nu a îndeplinit cerința de calificare privind experiența similară. Împotriva acestui rezultat, ulterior notificării prealabile a entității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, asocierea a

învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației nr. 105/03.07....., care a fost admisă de acesta prin decizia nr. 1961/ ...../...../01.08....., iar entitatea contractantă a fost obligată la reclarificarea și reevaluarea ofertei asocierii și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare pentru etapa DUAE, cu respectarea întocmai a considerentelor deciziei, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale.

După reevaluarea ofertei și întocmirea noului proces-verbal, având nr. 142/23.08....., organizatoarea i-a comunicat asocierii rezultatul reevaluării, prin adresa nr. 143/24.08....., potrivit căreia oferta a fost respinsă, din nou, ca inacceptabilă, întrucât clarificările pe marginea îndeplinirii cerinței experienței similare nu au fost concludente, nu au fost nominalizați terți susținători care să susțină îndeplinirea cerinței experienței similare și nu a îndeplinit ea însăși cerința amintită.

La 01.09....., asocierea s-a plâns organizatoarei achiziției de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 144/ 01.09....., transmisă prin serviciul poștal, iar organizatoarea i-a răspuns notificantei cu adresa nr. 149/07.09....., în sensul că nu va revoca actele emise și nu va proceda la adoptarea de măsuri de remediere. Primind acest răspuns, asocierea a reacționat prin formularea contestației aflate în prezent pe rolul Consiliului, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Pe fondul cauzei, față de actul atacat și de motivele expuse în contestație, Consiliul i-a act că respingerea ofertei asocierii este flagrant contrară deciziei sale anterioare, rămasă definitivă, în considerentele căreia s-a menționat:

În cercetarea fondului cauzei, Consiliul constată că oferta asocierii reclamante a fost exclusă din competiție pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară de către liderul ..... SA, după cum se detaliază în comunicarea nr. 85/14.06.....

Din actele cauzei apare a exista consensul părților că liderul trebuia să demonstreze o experiență similară de minimum 16.806.400 lei. Consens există și în privința valorii experienței similare proprii a liderului, care totalizează 16.157.014,74 lei (15.275.609,50 lei + 881.405,24 lei).

Divergența este dată de neluarea în calculul valorii experienței a celei aparținând subcontractanților SC ...SRL (133.815 lei) și SC ... (519.223,30 lei), care, în opinia contestatoarei, ar fi permis depășirea pragului de 16.806.400 lei, necesar calificării la acest criteriu.

Consiliul notează că ..... SA nu a nominalizat niciun terț susținător la licitație, după cum declară și în răspunsul de clarificare nr. 68/18.04..... Prin urmare, textele normative referitoare la susținători nu sunt incidente în cauză. Pe de altă parte, în toate formularele DUAE, ... SA a indicat expres că participă împreună cu mai mulți subcontractanți, între care și SC ...SRL și SC ....

Atât în DUAE inițial, cât și în cel revizuit, ... SA a menționat:

> Vă rugăm să îi identificați pe ceilalți operatori economici care mai participă la procedura de achiziții publice: ... (Asociat) - ... SRL (Asociat) - ... (Subcontractant) - ...SRL (Subcontractant) - ... SA (Subcontractant) - ... (Subcontractant) - ...SRL (Subcontractant)
>
> Proporția de subcontractare

Operatorul economic intenționează să subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contract. Vă rugăm să rețineți că, în cazul în care operatorul economic a decis să subcontracteze o parte din contract și se bazează pe capacitățile subcontractantului pentru executarea părții respective, trebuie să completați un DEAU separat pentru astfel de subcontractanți; a se vedea partea II secțiunea C de mai sus.

Vă rugăm să precizați

24,28%

În DUAE propriu, SC ...SRL a declarat:

Capacitatea tehnică și profesională

Articolul 58 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție

Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Numai pentru contractele de achiziții publice de servicii: În perioada de referință, operatorul economic a furnizat următoarele servicii principale de tipul specificat. Autoritățile contractante pot solicita experiență de până la trei ani și pot accepta experiența acumulată în urmă cu peste trei ani.

Descriere

Elaborare SF, documentatie de atribuire a ctr. de consultanta, a ctr. de executie lucrari "Separator de sensuri pe DN cu patru benzi de circulatie" Principalele servicii prestate in ultimii 3 ani au constat in: - Elaborarea Studiului de Fezabilitate „Separator de sensuri pe DN cu patru benzi de circulatie”, conform prevederilor HG 28/20098 privind aprobarea continutului-cadru al documentatiei tehnico-economice aferente investitiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investitii și lucrări de interventii (pentru un numar de 188,308 km aferenti DRDP 1-7); - Documentatia de atribuire a contractului de consultanta; - Documentatia de atribuire a contractului de lucrari; de tip executie (FIDIC ROSU) - Intocmirea Cererii de Finantare; - Analiza Cost – Beneficiu; - Documentatii pentru obtinerea Certificatelor de Urbanism; - Documentatii pentru obtinerea Avizelor/Acordurilor solicitate prin Certificatele de Urbanism.

Valoare 324060 RON (Romanian New Leu)

Data 15-11-2012

Beneficiari CNADNR

În DUAE propriu, SC ... a declarat:

Capacitatea tehnică și profesională

Articolul 58 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție. Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat.

Numai pentru contractele de achiziții publice de servicii: În perioada de referință, operatorul economic a furnizat următoarele servicii principale de tipul specificat. Autoritățile contractante pot solicita experiență de până la trei ani și pot accepta experiența acumulată în urmă cu peste trei ani.

Descriere

Asistenta tehnica pentru PREGATIREA DE PROIECTE AXA PRIORITARA 5 – Implementarea structurii adecvate de prevenire a riscurilor naturale in zonele cele mai expuse la risc- Domeniul major de interventie 1 – Protectia impotriva inundatiilor – „Apararea împotriva inundatiilor a localitatii Babadag, judetul Tulcea” Serviciile au presupus elaborarea documentatiilor : -Aplicatia de Finantare -Studiu de Fezabilitate -Studii topografice -Studii geotehnice și geofizice -Studii hidrologice și hidrogeologice -Expertize tehnice; plan de măsuri; alte studii -Documentatii pentru intabulari terenuri -Documentații pentru obținerea Certificatului de Urbanism -Documentații pentru obținerea avizelor sau acordurilor -Evaluarea impactului asupra mediului –Analiza Cost-Beneficiu -Analiza Institutionala -Strategia de achizitii -Cerere de finanțare/aprobare aplicatie de finantare -Documentații pentru atribuirea

contractelor de achiziții: -contracte de achiziții servicii -contractele de achiziții proiectare si lucrări de constructii-montaj -contractel de furnizare -Revizuirea documentatiei de atribuire.

Valoare 722788 RON (Romanian New Leu)

Data 25-11-2014

Beneficiari Administratia Bazinala de Apa Dobrogea-Litoral

Art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 dispune că entitatea contractantă nu poate stabili criterii privind capacitatea 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 sunt prezentate documente relevante în acest sens**.

Totodată, potrivit art. 187 din lege:

(1) Entitatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/ candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv, entitatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/ candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv.

Prin prisma celor evocate și a opiniei Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 6961/06.06....., conform căreia nu este necesară depunerea a două formulare DUAE în ipoteza subcontractanților care oferă susținere pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv un DUAE ca subcontractant și un DUAE ca terț susținător [„Cu privire la depunerea DUAE de către ofertant, susținător, subcontractant, precizăm că astfel cum am arătat și în conținutul prezentei adrese, acest document trebuie depus individual de fiecare dintre entitățile în cauză, cu excepția cazului în care subcontractantul oferă susținere pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, situație în care este suficientă depunerea doar a unui singur DUAE în calitate de subcontractant, ale cărui capacități vor fi luate în considerare de entitatea contractantă, în condițiile art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.”], Consiliul apreciază că sunt suficiente, din perspectiva determinării că ..... SA putea să beneficieze de capacitatea tehnică și profesională a celor doi subcontractanți propuși, pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Contrar opiniei entității contractante, deficiențele minore de bifare a rubricilor din DUAE al ..... SA pot fi remediate, pe calea clarificărilor, nefiind necesară sancționarea ofertantei prin eliminarea ei din competiție.

Entitatea contractantă poate solicita ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii [art. 205 alin. (1) din lege], ceea ce înseamnă că SC ..... SA poate cere asocierii să îi prezinte documentele invocate de subcontractanți ca experiență similară de care să beneficieze asocierea.

Rămâne ca **organizatoarea achiziției să reclarifice cu asocierea ofertantă nivelul valoric concret al experienței similare aparținând celor doi subcontractanți, de care se poate prevala asocierea, raportat la partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit**. Așadar, entitatea contractantă trebuie să reclarifice temeinic modalitatea de îndeplinire a cerinței, știut fiind că orice hotărâre a entității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele sale, și pe probe concludente, iar nu pe documente neclare sau insuficiente. Suspiciunile entității asupra posibilității asocierii (prin liderul său) de a beneficia de capacitatea subcontractanților pot

și trebuie a fi tratate prin prisma art. 205 alin. (1) de mai sus. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, o revenire cu întrebări corespunzătoare se impunea, mai cu seamă că aceasta din urmă are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba îndeplinirea cerinței privind experiența similară. **Solicitarea comisiei de evaluare trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă, rezultând că autoritatea trebuia să ceară expres calcule și, eventual, documente din care să reiasă valorile pentru partea de implicare a subcontractanților în contractul care urmează să fie îndeplinit**.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, în acord cu poziția exprimată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în adresa nr. 6961/ 06.06....., se constată că obiecțiile asocierii contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale apar a fi fondate. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația asocierii ..... SA - ... - SC ... SRL nr. 105/03.07....., în contradictoriu cu SC ..... SA, va anula actul de respingere a ofertei asocierii și comunicarea nr. 85/14.06..... și va obliga entitatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, faza DUAE, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire (clarificată pe parcurs). În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, faza DUAE, cu respectarea legislației aplicabile.

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, inclusiv pentru SC ..... SA, care a avut calitatea de entitate contractantă în cauza soluționată prin respectiva decizie. Compania achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 şi 30.000 de lei, sub imperiul art. 245 alin. (2) lit. k) și alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/ entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul, elocvente fiind, de exemplu:

– deciziile civile nr. 780 din 23 februarie 2012, nr. 3424 din 16 septembrie 2013, nr. 3903 din 3 octombrie 2013 (decizia Consiliului nu constituie un act facultativ, în al cărui conținut s-ar găsi „recomandări” pentru părți, ci are caracter imperativ) și nr. 4066 din 12 septembrie 2016, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 1159 din 7 iulie 2010 (beneficiază de autoritate de lucru judecat și considerentele hotărârii, în lipsa cărora nu ar fi posibilă înțelegerea dispozitivului, considerentele decisive, care fac corp comun cu dispozitivul), Curtea de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal.

Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012, Artegodan/Comisia, C-221/10: autoritatea de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie

suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, Rec., p. I-4845, punctul 44].

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, SC ..... SA, prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la clarificarea și reevaluarea ofertei asocierii ..... SA - ... - SC ... SRL, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu, însemnând să ceară ofertantei informațiile care îi lipsesc în legătură cu „nivelul valoric concret al experienței similare aparținând celor doi subcontractanți, de care se poate prevala asocierea, raportat la partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit”. „Solicitarea comisiei de evaluare trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă, rezultând că autoritatea trebuia să ceară expres calcule și, eventual, documente din care să reiasă valorile pentru partea de implicare a subcontractanților în contractul care urmează să fie îndeplinit.”

Chestiunea posibilității asocierii de a profita de experiența similară a subcontractanților a fost lichidată expres prin decizia precitată a organului administrativ-jurisdicțional, care beneficiază de autoritate de lucru judecat, context în care îi era interzis SC ..... SA să emită aprecieri vizavi de obligația asocierii de a desemna drept terți susținători operatorii economici SC ...SRL și SC ..., respectiv față de diferențele dintre subcontractanți și terți susținători.

Operând excepția autorității de lucru judecat a deciziei sale nr. 1961/...../...../01.08....., Consiliul nu poate infirma cele stabilite anterior referitor la posibilitatea asocierii de a îndeplini cerința de calificare de ordin tehnic prin subcontractanții menționați, pentru partea lor de implicare. Singura care avea competență în acest sens a fost curtea de apel în a cărei rază se află sediul entității achizitoare, însă din verificarea portalului instanțelor judecătorești nu rezultă că a fost depusă vreo plângere la instanță împotriva deciziei Consiliului. Prin urmare, sunt respinse toate aprecierile SC ..... SA prin care a fost justificată neluarea în considerare a experienței similare a subcontractanților în referință, precum și cele legate de modul de completare a formularelor DUAE.

Respinse sunt și motivele achizitoarei relative la neconcludența răspunsului nr. 134/16.08....., întrucât acesta este unul valabil juridic și la obiect, elementele sale de conținut acoperind întocmai informațiile cerute de organizatoarea licitației. Consiliul apreciază că răspunsul punctual de justificare dat de ofertantă a fost pe măsura

solicitării entității și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil, mai cu seamă prin prisma raționamentelor evocate în decizia amintită a Consiliului. Pe de altă parte, cu toate că trebuia să ceară „nivelul valoric concret al experienței similare aparținând celor doi subcontractanți, de care se poate prevala asocierea, raportat la partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit”, respectiv „calcule și, eventual, documente din care să reiasă valorile pentru partea de implicare a subcontractanților în contractul care urmează să fie îndeplinit”, intimata SC ..... SA a înțeles, cu sfidarea forței obligatorii a deciziei Consiliului, să ceară altceva, respectiv: „precizaţi in mod concret modul de indeplinire a cerinţei nr. 1 din Fisa de date referitoare la capacitatea tehnica si profesionala (Lista principalelor servicii prestate in cursul unei perioade care acopera cel mult ultimii 3 ani), de către asociere, indicând clar si concret, modalitatea prin care se demonstrează indeplinirea cerinţei de către fiecare asociat, proporţional cu cota de implicare in executarea viitorului contract sectorial, avand in vedere precizarea dvs. clara din răspunsul nr. 68/18.04..... la solicitarea de clarificare nr. 47/11.04....., ca NU BENEFICIAŢI DE SUSŢINERE pentru indeplinirea acestei cerinţe.”

După cum s-a văzut mai sus, problema lipsei de relevanță în speță a susținerii asocierii a fost tranșată anterior de Consiliu și nu mai putea fi adusă în discuție de către comisia de evaluare, comisie ținută să se conformeze precis dispozițiilor date de Consiliu, nu să le ignore ori să le încalce.

Vizavi de explicațiile aduse asociere în răspunsul nr. 134/ 16.08....., ele sunt pertinente, referindu-se tocmai la solicitarea [neavenită a] comisiei și nu au nimic neconcludent, ofertanta detaliind și asumându-și modul de îndeplinire a cerinței de calificare prin intermediul subcontractanților, astfel cum a statuat și Consiliul. Nu există niciun indiciu care să susțină opinia că respectivele explicații nu ar fi concludente. Pe de altă parte, o respingere a ofertei pentru o insuficientă descriere a justificărilor este disproporționată în raport cu cauza pe care se sprijină. Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers’ Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Din parcurgerea răspunsului se observă că asocierea a prezentat informații care să îi justifice îndeplinirea cerinței de calificare legată de experiența similară.

Pe de altă parte, în speță, culpa aparține nu asocierii, ci SC ..... SA, care nu a adresat solicitarea de clarificări la care a fost îndrumată expres de Consiliu, ci o solicitare vizând un subiect lămurit definitiv pe cale administrativ-jurisdicțională.

Prin urmare, în contextul înfățișat, niciunul dintre argumentele aduse de entitate pentru respingerea ofertei reclamantei nu poate fi validat de Consiliu, iar obiecțiile asocierii contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei se vădesc a fi fondate. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația asocierii ..... SA - ... - SC ... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu SC ..... SA, va anula actul de respingere a ofertei asocierii și comunicarea nr. 143/24.08..... și va obliga entitatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, faza DUAE, cu respectarea celor ce preced, a deciziei nr. 1961/...../...../ 01.08....., a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, faza DUAE, cu respectarea legislației aplicabile.

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

Admite contestația asocierii ..... SA - ... - SC ... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu SC ..... SA, și anulează procesul-verbal nr. 142/23.08....., precum și adresa entității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei sale la etapa DUAE. Obligă entitatea la reclarificarea și reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare, etapa DUAE, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a deciziei nr. 1961/...../...../ 01.08....., a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului proces-verbal, entitatea va comunica asocierii rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor sectoriale.

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 șaisprezece pagini.