CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi 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. ...

Prin contestaţia nr. .../TKR/BUS/CEO/78701, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../18.06.2018, formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., ...nr. ..., Cladirea ...., etaj ..., sectorul ..., înregistrată la Registrul Comerţului de pe lângă Tribunalul ... sub nr. ..., cod unic de înregistrare RO ..., reprezentată legal prin director vânzări corporate România - ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat la data de 11.06.2018, de către ..., cu sediul în localitatea ..., str. ... nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„**Proiectare și execuție de lucrări: «Eficientizarea iluminatului public în comuna ..., județul ...»**”*, cod CPV 45316110-9 – Instalare de echipament de iluminare stradală (Rev.2), anunț de participare simplificat nr. SCN .../18.05.2018, s-au solicitat următoarele:

„1. Să anulaţi adresa din data de 11.06.2018 emisă de către ..., prin care oferta depusă de subscrisa a fost declarată inacceptabilă, precum și toate eventualele documente ce au stat la baza emiterii adresei anterior menționate.

2. Să obligaţi autoritatea contractantă la reluarea procedurii prin reanalizarea ofertei depuse de ..., cu luarea în considerare a aspectelor învederate în cadrul prezentei contestații.

3. În subsidiar, să dispuneţi anularea procedurii, în măsura în care apreciaţi că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, astfel încât procedura să își continue derularea în mod legal”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestaţia nr. ..../TKR/BUS/CEO/78701, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../18.06.2018, SC ... SA critică rezultatul procedurii, comunicat la data de ..., de către ..., în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„**Proiectare și execuție de lucrări: «Eficientizarea iluminatului public în comuna ..., județul ...»**”*, solicitând cele redate în partea introductivă.

SC ... SA menționează că a participat la procedura de atribuire susmenționată și *„ținând seama de prevederile documentației de atribuire”* a depus o *„ofertă conformă și acceptabilă”.*

Arată că, în pofida acestui fapt, în data de 11.06.2018, autoritatea contractantă a postat în SEAP *„adresa prin care a declarat oferta ..., ca fiind inacceptabilă”,* invocând ca temei legal dispozițiile art. 174 alin. (4) și art. 193 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei motivul invocat de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei sale, constând în faptul că nu ar fi îndeplinit cerințele 1 și 2 de calificare privind experiența similară de la secțiunea III.1.3) a. fișei de date a achiziției, întrucât documentele depuse de SC ...SRL, care are calitatea, atât de subcontractant, cât și de **terț susținător, nu pot fi luate în considerare decât în proporție de 47,1%, reprezentând cota de implicare a acestei societăți în contract.**

SC ... SA apreciază că, respingând oferta sa, ca inacceptabilă, autoritatea contractantă se află într-o *„gravă eroare de interpretare a dispozițiilor aplicabile în prezenta cauză”*.

De asemenea, petenta afirmă că, ținând seama de conținutul documentaţiei de atribuire și de situația de fapt, *„respectiv de toate documentele depuse de ... și de către ...S.R.L.”,* autoritatea contractantă a luat o măsura nelegală, în contradicţie, atât cu textele legale anterior menționate, cât și cu documenția de atribuire.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației redă dispozițiile art. 182 alin. (1) și art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Susținând că autoritatea contractantă a procedat în mod nelegal, *„fiind dovedită pe deplin îndeplinirea cerințelor privind experiența similară astfel cum au fost formulate de către ...”*, petenta arată următoartele:

- în cuprinsul DUAE depus, SC ... SA a precizat faptul că SC ...SRL este subcontractant și terț susţinător și se bazează astfel pe capacitățile acestei societăţi (informaţii ce se regăsesc și în cadrul DUAE depus de către ...SRL;

- autoritatea contractantă a avut la dispoziţie atât **Acordul de subcontractare nr. .../06.06.2018,** cât și **Angajamentul ferm al** ...SRL privind susţinerea tehnică și profesională a SC ... SA, însă a ignorat aceste documente;

- la art. 7 din cadrul Acordului de subcontractare dintre ... și ...SRL s-au precizat următoarele: *„Subcontractantul se angajează față de contractantă cu aceleaşi obligaţii și responsabilităţi pe care contractantul le are față de investitor conform contractului - Proiectare și execuţie lucrări - Eficientizarea iluminatului public în comuna ..., judeţul ...”.*

În opinia contestatoarei, atunci când ofertantul demonstrează îndeplinirea unei cerinţe de calificare referitoare la capacitatea tehnică şi profesională, prin invocarea susţinerii acordate de un terţ (subcontractant), în condiţiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, capacitatea acestuia poate fi cumulată cu cea a ofertantului pentru îndeplinirea respectivei cerinţe.

Prin urmare, consideră că cerinţa privind experienţa similară, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, poate fi îndeplinită fie de către ofertant, fie de către ofertant prin cumul cu terţul (subcontractantul), fie de către terţ (subcontractant).

În drept, invocă dispozițiile art. 172 alin. (4), art. 182 alin. (1), art. 193 alin. (1) lit. b), art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 3410/19.06.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 24621/19.06.2018, ... precizează că a reanalizat documentele depuse de contestatoare, ulterior depunerii prezentei contestații, şi, a constatat că, întradevăr, pentru subcontractantul declarat, oferta SC ... SA conţine declaraţiile relevante, respectiv angajamentul ferm şi declaraţia privind evitarea conflictelor de interese.

Pe de altă parte, precizează că susţine decizia comunicată prin documentul [SCN.../00113] notif. DUAE ... .pdf, din 11.06.2018, postat în SEAP, având în vedere următoarele considerente:

1. prin documentul [SCN.../00099] ... espd-response-semnat.xml.p7s, ofertantul a declarat că utilizează capacităţile altor entităţi, respectiv că are un subcontractant, și anume SC ...SRL;

2. prin documentul [SCN.../00101] SC ...SRL espd-response.xml.p7s, la rândul său, subcontractantul a declarat că are calitatea de subcontractant.

3. prin documentul [SCN.../00099] ... espd-response-semnat.xml.p7s, ofertantul a declarat că rata de subcontractare este 47,1%, respectiv *„Proporţia de subcontractare – Operatorul economic intenţionează să subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contract. Vă rugăm să reţineţi că, în cazul în care operatorul economic a decis să subcontracteze o parte din contract şi se bazează pe capacităţile subcontractantului pentru executarea părţii respective, trebuie să completaţi un DEAU separat pentru astfel de subcontractanţi; a se vedea partea II secţiunea C de mai sus.*

Vă rugăm să precizaţi

1. 47.1%”.”

Astfel, autoritatea contractantă precizează că, din DUAE – ul /ESPD - ul depus de către contestatoare a înțeles că aceasta are un subcontractant şi utilizează experienţa subcontractantului pentru îndeplinirea cerinţelor formulate, iar subcontractantul a declarat că are

calitate de subcontractant, însă nici ofertantul, nici subcontractantul nu au declarat că ...SRL are şi calitate de terţ susţinător în procedura.

Apreciază că celor declarate de ofertant şi de subcontractant le sunt aplicabile dispoziţiile art. 172, alin. (4) din Legea nr. 98/2016 *„ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit*", ofertantul demonstrând îndeplinirea cerinţelor în proporţie de 47,1%, motiv pentru care, prin comisia de evaluare a fost declarată inacceptabilă oferta contestatoarei.

Subliniind faptul că *„există diferite interpretări referitor la posibilitate de modificare DUAE după depunerea ofertei",* autoritatea contractantă solicită Consiliului să-i comunice *„dacă există posibilitate de revizuire DUAE în cazul în care revine la faza de evaluare DUAE şi transmite o solicitare de clarificare către ofertant în acest sens".*

De asemenea, în ipoteza în care nu este permisă revizuirea DUAE, autoritatea contractantă consideră oferta contestatoarei inacceptabilă, indiferent ce anexe şi formulare sunt depuse, pe motiv că, din analiza DUAE, rezultă în mod clar că ...este inclus în oferta strict numai ca subcontractant.

În probaţiune, depune, în copie, documente ale dosarului achiziției publice.

Din documentele depuse la dosarul cauzei şi din susţinerile părţilor, Consiliul reține:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„**Proiectare și execuție de lucrări: Eficientizarea iluminatului public în comuna ..., județul ...**"*, cod CPV 45316110-6 – Instalare de echipament de iluminare stradală (Rev.2), prin publicarea, în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN.../18.05.2018, atașat căruia a fost publicată documentația de atribuire sub formă de fișiere de date.

Valoarea estimată a contractului este de .... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a contractului este *„cel mai bun raport calitate - cost*".

Prin adresa publicată în SEAP în data de 11.06.2018, comisia de evaluare a comunicat ofertantului SC ... SA faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr.395/2017, deoarece în urma evaluării DUAE a constatat că aceasta nu a îndeplinit cerința de calificare privind experiența similară stabilită în documentația de atribuire.

Decizia astfel comunicată a fost atacată de către SC ... SA prin contestația ce formează obiectul prezentei.

Luând în considerare intrarea în vigoare, începând cu data de 04.06.2018, a OUG nr. 45/2018, prin care Legea nr. 101/2016 a fost modificată prin introducerea art. 61 ind. 1 potrivit căruia *„**Pentru soluţionarea contestaţiei** formulate în condiţiile art. 8 sau art. 49, **sub sancţiunea respingerii acesteia**, persoana care se consideră vătămată **trebuie să constituie în prealabil o cauţiune** (...)*", prin adresa nr. 24807/19.06.2018, contestatoarei i s-a cerut dovada

depunerii cauțiunii legal impusă pentru soluționarea contestației, în cuantum legal, sub sancțiunea respingerii, respectiv în sumă de 11.120 lei.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../20.06.2018, SC ... SA a depus recipisa de consemnare nr. ..../1 din 20.06.2018 a sumei 11.120,78 ron, emisă de ... Sucursala....

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

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a verificat şi apreciat documentele depuse de SC ... SA, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP ce conțin eventuale modificări, prin faptul că au depus ofertă, respectivele reguli și rigori au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SA. Prin urmare, la acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În adresa de comunicare postată în SEAP sub forma fișierului denumit *„[SCN.../00113] notif. DUAE ... ROMANIA COMMUNICATIONS.pdf*" din 11.06.2018, motivele care au stat la baza respingerii, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei, au fost precizate astfel: „(...) *oferta dvs. a fost analizată în sensul art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, adică autoritatea contractantă «ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul ce urmează a fi îndeplinit». Având în vedere faptul că subcontractantul declarat are o cotă de implicare în contract în valoare de 47,1%, iar ofertantul nu a declarat experiența similară pentru cerința 1 și cerința 2 din fișa de date secțiunea II.1.3.a., luând în considerare art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2116, comisia de evaluare a constatat că se aplică art. 135 alin. (2) lit. b) și oferta dvs. este inacceptabilă".*

În analiza criticilor invocate de contestatoare, de maniera că aceasta a demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la capacitatea tehnică şi profesională prin invocarea susţinerii acordate de către SC ...SRL care este *„**subcontractant și terț susținător și se bazează astfel pe capacitățile acestei societăți***", Consiliul are în vedere regulile impuse prin fișa de date a achiziției, pct. III.1.3.a) *„Capacitatea tehnica si/sau profesională",* prin care cerința în litigiu a fost precizată astfel:

*„**Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:***

Cerinta 1.: *Lista principalelor* ***servicii prestate in ultimii 3 ani****, cu indicarea valorilor, datelor si a beneficiarilor. Operatorii economici trebuie sa faca dovada ca in ultimii 3 ani au prestat servicii similare, respectiv* ***servicii de proiectare LUCRĂRI de instalare iluminat public in valoare cumulata de minim 10.000 lei fara TVA*** *la nivelul unuia sau mai multor contracte. Numarul de ani aferenti experientei similare se calculeaza prin raportare la data-limita de depunere a ofertelor stabilita de autoritatea contractanta anuntul de participare.*

Modalitatea de indeplinire: *Modalitate prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire cu informatiile ce descriu nivelul lor de experienta, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzator cerintelor autoritatii contractante. Completare DUAE de catre ofertanti* ***(inclusiv pentru asociati/subcontractanti/terti sustinatori)****. La nivelul DUAE trebuie precizate informatii cum ar fi: numarul si data contractului invocat drept experienta similara, valoarea, beneficiarul, data si numarul documentului de receptie, precum si ponderea si/sau activitatile pentru care a fost responsabil. Documente justificative: Certificate/documente/procese verbale de receptie emise sau contrasemnate de o autoritate contractanta beneficiar, care confirma prestarile de servicii similare, cu indicarea valorilor si perioadelor de prestare. Documentele justificative mentionate mai sus, care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmeaza a fi prezentate la solicitarea autoritatii contractante de către ofertantul clasat pe locul I. dupa aplicarea criteriului de atribuire.*

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Cerința 2.: *Ofertantul trebuie sa fi executat lucrari similare, respectiv* ***LUCRĂRI de instalare iluminat public în ultimii 5 ani în valoare cumulata de cel putin 500.000 RON fără TVA****, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrarilor executate la nivelul unuia sau mai multor contracte. Numarul de ani aferenti experientei similare se calculeaza prin raportare la data-limita de depunere a ofertelor stabilita de autoritatea contractanta anuntul de participare.*

Modalitatea de indeplinire: *Modalitate prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire cu informatiile ce descriu nivelul lor de experienta, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzator cerintelor autoritatii contractante. La nivelul DUAE trebuie precizate informatii cum ar fi: numarul si data contractului invocat drept experienta similara, valoarea, beneficiarul, data si numarul documentului de receptie, precum si ponderea si/sau activitatile pentru care a fost responsabil. Urmatoarele documente justificative care probeaza indeplinirea cerintei vor fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii*

ofertelor: - procesul verbal de receptive finala / procesul-verbal de receptie la terminarea lucrarilor / proces-verbal pe obiect intocmite in conditiile actelor normative care reglementeaza receptia lucrarilor, care sa ateste faptul ca lucrarile au fost executate in conformitate cu normele legale in domeniu si ca au fost duse la bun sfarsit si/sau alte documente din care sa reiasa urmatoarele informatii: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizeaza obiectul lucrarii), valoarea, perioada (inclusiv data incheierii contractului) si locul executiei lucrarilor. Documentele justificative mentionate de mai sus, care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmeaza a fiprezentate la solicitarea autoritatii contractante de către ofertantul clasat pe locul I dupa aplicarea criteriului de atribuire.

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Subcontractare

Informatii privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intentia sa o subcontracteze Ofertantul are obligatia de a preciza partea/partile din contract pe care urmeaza sa le subcontracteze (se va completa – Formularul nr.5).

Autoritatea contractantă poate respinge subcontractantul propus dacă acesta nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea sau se încadrează printre motivele de excludere și solicită candidatului/ ofertantului o singură dată – înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant.

***Modalitatea de indeplinire**: în DUAE completat de ofertant se vor include si informatiile solicitate cu privire la subcontractanti**. În cazul în care ofertantul utilizeaza capacitatile subcontractantului /subcontractantilor pentru a îndeplini criteriile de calificare,** se va prezenta câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivii subcontractanti, completat si semnat în mod corespunzator de catre fiecare dintre acestia.*

Subcontractantii precizeaza în DUAE informatiile aferente criteriilor de calificare pe care le îndeplineste mentionând numarul si data contractului/acordului de subcontractare pentru partea propusa pentru subcontractare. Daca prin subcontractant nu se îndeplineste o cerinta de calificare, atunci acesta va prezenta DUAE doar în scopul demonstrarii neîncadrarii în motivele de excludere.

Acordul de subcontractare se va depune odata cu DUAE la data limita de depunere a ofertelor. Nedepunerea acordului de subcontractare odata cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificari pentru eventualele inadvertente de forma ale informatiilor cuprinse în sectiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât si ale subcontractantului, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfasurarea corespunzatoare a procedurii de atribuire.

Documentele justificative care probeaza cele asumate in acordul de subcontractare vor fi solicitate de catre autoritatea contractanta doar ofertantului clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire.

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Terti sustinatori

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art.182 din Legea nr.98/2016.

Modalitatea de indeplinire:

Tertul/tertii sustinatori vor completa DUAE cu informatii privind nivelul lor de experienta, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzator sustinerii acordate.

Angajamentul ferm (Formularul 4.) se va depune odata cu DUAE la data limita de depunere a ofertelor, precum si documentele din care sa rezulte in mod efectiv prin care acesta va asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere, documente care se vor constitui anexe la angajament, conform art. 182 alin. 4 din Legea nr. 98/2016.

Nedepunerea angajamentului ferm si a documentelor anexe odata cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificari pentru eventualele inadvertente de forma ale informatiilor cuprinse în sectiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât si ale tertului sustinator, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfasurarea corespunzatoare a procedurii de atribuire.

Prin angajamentul ferm, tertul/tertii confirma faptul ca va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligatiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activitati pentru care a acordat sustinerea, fie prin indicarea resurselor tehnice si profesionale pe care le va pune la dispozitie ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Conform prevederilor art. 184 din Legea nr.98/2016, prin angajamentul ferm, tertul/tertii se va/vor angaja ca va/vor raspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achizitie publica. Raspunderea solidara a tertului/tertilor sustinator/sustinatori se va angaja sub conditia neîndeplinirii de catre acesta/acestia a obligatiilor de sustinere asumate prin angajament.

Autoritatea contractanta respinge tertul sustinator propus daca acesta nu îndeplineste cerintele de calificare privind capacitatea sau se încadreaza printre motivele de excludere si solicita candidatului/ofertantului o singura data – înlocuirea acestuia si prezentarea unui alt tert, cu respectarea principiului tratamentului egal.

La solicitarea autoritatii contractante, doar ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va prezenta documente justificative care probeaza îndeplinirea cerintei privind capacitatea tehnica si profesionala".

Referitor la situația specifică din cauză, constituită de invocarea petentei conform căreia aceasta a demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la capacitatea tehnică şi profesională prin invocarea susţinerii acordate de către SC ...SRL, care este ***„subcontractant și terţ susținător și se bazează astfel pe capacitățile acestei societăți***", Consiliul reține incidența următoarelor dispoziții legale:

Legea nr. 98/2016:

- art. 113 alin. (1) și (11) – *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura simplificată în condiţiile prevăzute la art. 7 alin. (2). (11) – „**Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare şi selecţie, aceasta poate solicita doar cerinţe privind:***

a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secţiunea a 6-a, paragraful 2;

b) capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, în conformitate cu art. 173;

*c) **experienţa similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) şi b)***";

- art. 172 alin. (4) – „*Autoritatea contractantă **nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi** de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar **ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit**, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens*";

- art. 174 alin. (1) – „*Autoritatea contractantă **are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informaţii şi documente relevante referitoare la capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi**, cu privire la **partea/părţile din contract pe care aceştia urmează să o/le îndeplinească efectiv***";

- Art. 182. - (1) și (3)-(4) - „*Operatorul economic **are dreptul**, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică/acord-cadru, **să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor** referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor **privind capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi**.*

*(3) În cazul în care **operatorul economic îşi demonstrează** situaţia economică şi financiară şi/sau **capacitatea tehnică şi/sau profesională invocând şi susţinerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2), de către unul sau mai mulţi terţi,** atunci operatorul economic **are obligaţia de a dovedi autorităţii contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terţului/terţilor**.*

(4) Odată cu angajamentul de susţinere, ofertantul/candidatul are obligaţia să prezinte documente transmise acestuia de către terţul/terţii susţinător/susţinători, din care să rezulte modul efectiv prin care terţul/terţii susţinător/susţinători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susţinere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament";

- art. 193 alin. (2)–(3) – *„(2) **În cazul în care ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea criteriilor***

referitoare la situaţia economică şi financiară ori ***privind capacitatea tehnică şi profesională bazându-se pe capacităţile altor entităţi, invocând, după caz, susţinerea unui terţ, DUAE, împreună cu angajamentul de susţinere, trebuie să fie completat separat şi de către terţul/terţii susţinător (i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul****. DUAE prezentat de terţul/terţii susţinător (i) va include toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi informaţiile de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă pentru susţinerea acordată în cadrul procedurii de atribuire respective.*

(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul de subcontractare. ***Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective.*** *În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a)"*

HG nr. 395/2016:

- art. 48. – *„(1) În cazul în care ofertantul/candidatul îşi demonstrează situaţia economică şi financiară, respectiv capacitatea tehnică şi profesională,* ***invocând suportul unui/unor terţ/terţi, în condiţiile Legii, atunci acesta are obligaţia de a dovedi susţinerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm*** *al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziţia ofertantului/candidatului resursele invocate.* ***Subcontractanţii pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare şi selecţie sunt consideraţi şi terţi susţinători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în acelaşi timp, şi angajamentul ferm****.*

(2) ***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***".

- art. 49. – *„****În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie de către terţul/terţii care acordă susţinere, în condiţiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terţului/terţilor susţinător(i), oricând pe parcursul***

procesului de evaluare, documente şi informaţii suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate*, în cazul în care există rezerve în ceea ce priveşte corectitudinea informaţiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligaţiilor asumate prin respectivul angajament*".

În cadrul documentelor ofertei sale, spre îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, SC ... SA a prezentat:

- DUAE întocmit de SC ... SA, în care, la Cap. C – *„Informaţii privind utilizarea capacităților altor entități*", a completat rubrica „**DA**", iar la Cap. D – *„Informaţii privind subcontractanţii pe ale căror capacităţi operatorul economic nu se bazează*", a precizat subcontractantul SC ...SRL;

- în același DUAE-ul, la cap. C - *„Capacitatea tehnică și profesională*" – petenta **a menționat** că va utiliza capacitățile altor entități, fără a preciza însă numele vreunui operator economic, la cap.D *„Informaţii privind subcontractanţii pe ale căror capacităţi operatorul economic nu se bazează*" fiind nominalizat SC ...SRL în calitate de **subcontractant**;

- în DUAE-ul emis de subcontractantul SC ...SRL au fost menționate următoarele informații:

- la cap. A *„Informații privind operatorul economic",* pag.4, punctul a) *„Rolul operatorului economic în cadrul grupului"* – s-a declarat subcontractantul SC ... SA;

- în partea a IV-a *„Criterii de selecție",* la cap. C *„Capacitatea tehnică și profesională"* a menționat că a prestat servicii și a executat lucrări de tipul specificat de autoritatea contractantă, nominalizând 2 contracte de modernizare și repunere în funcțiune a sistemului de iluminat (contracte de lucrări) și 2 contracte de servicii de proiectare pentru eficientizarea iluminatului public în comuna Siculeni și Dealu (contracte de servicii).

Totodată subcontractantul a depus atașat DUAE-ului său ***Angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesională*** a ofertantului, completat conform Formularului 4 - *Terţ susţinător tehnic si/sau profesional*, în care, SC ...SRL se angajează că va pune la dispoziția SC ... SA resursele sale tehnice, conform Anexei nr.1, unde a declarant ca susținere:

- Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, în cadrul căruia sunt nominalizate aceleași contracte prezentate de acesta în DUAE-ul său, emis în calitate de subcontractant;

- Lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziție.

În urma analizării ofertei depuse în cadrul procedurii, din punct de vedere al completării DUAE, comisia de evaluare a constatat că autoarea contestației a nominalizat prin documentul *„[SCN.../00099] ... espd-response-semnat.xml.p7s*" că utilizează capacităţile altor entităţi, respectiv că are un subcontractant, și anume SC ...SRL, şi că utilizează experienţa subcontractantului pentru îndeplinirea cerinţelor formulate ca experiență similară, proporția de subcontractare fiind de **47,1%.**

De asemenea, autoritatea contractantă, chiar dacă a avut la dispoziție Angajamentul ferm (Formularul 4.) completat de SC ...SRL, prin care își precizează și calitatea de terț susținător, depus de contestatoare în SEAP odată cu cele două DUAE-uri, prin care pune la dispoziție susținerea acordată în ceea ce privește cerința referitoare la experiența similară, consideră că prin nedeclararea acestuia în DUAE de către SC ... SA **ca terț susținător** nu poate să-i ia în considerare capacitățile SC ...SRL în calitatea și de terț susţinător, astfel încât să-i fie aplicabile dispozițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *"(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică/acord-cadru,* ***să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi*** *în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi."*

În raport de dispozițiile art. 48 din HG nr. 395/2016 – *„(1) (...)* ***Subcontractanţii pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare şi selecţie sunt consideraţi şi terţi susţinători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în acelaşi timp, şi angajamentul ferm***" coroborate cu prevederile art.172 alin.(4) din Legea 98/2016 potrivit cărora autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi de ofertant în ofertă, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens, luând în considerare dispozițiile art. 193 din Legea nr.98/2016, Consiliu constată că, în cazul ofertei depuse de către SC ... SA, operatorul economic SC ...SRL îndeplinește simultan două calități, respectiv:

- calitatea de subcontractant declarat, sens în care a și depus separat propriul DUAE, dar și „***acordul de subcontractare care reprezintă, în acelaşi timp, şi angajamentul ferm***";

- terț susținător, calitate probată prin Angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesionala a ofertantului, prezentat odată cu DUAE-ul subcontractantului.

Astfel fiind, în raport de dispozițiile art. **48 din HG nr. 395/2016,** citate în precedent, susținerile autorității contractante conform cărora *„(...) în ipoteza în care nu este permisă revizuirea DUAE, autoritatea contractantă consideră oferta contestatoarei inacceptabilă, indiferent ce anexe şi formulare sunt depuse, pe motiv că, din analiza DUAE, rezultă în mod clar că ...este inclus în oferta strict numai ca subcontractant*" sunt neîntemeiate.

În situația în care petenta a omis să precizeze în cadrul propriului DUAE numele operatorului economic SC ...SRL, cu toate că a afirmat că va utiliza capacitățile altor entități, bifând la rubrica din cadrul DUAE, Cap. C – „*Informaţii privind utilizarea capacităților altor entități*" cu „**DA"**, lucru sesizat inclusiv de autoritatea contractantă, conform susținerilor sale din punctul de vedere transmis Consiliului, se impunea

formularea unei clarificări în scopul lămuririi aspectului în litigiu generat de unele neconcordanţe între informaţiile prezentate în cadrul DUAE. Acest lucru era cu atât mai necesar cu atât mai mult cu cât, terțul-subcontractant SC ...SRL a completat un ***DUAE, împreună cu angajamentul de susţinere*** în care a inclus toate informațiile solicitate și în situația în care îndeplinește calitatea de terț susținător conform dispozițiilor art.193 alin. (2) din Legea nr.98/2016), în ceea ce privește: *„a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi ...; b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă; c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi".*

Relevanță în susținerea clarificării situației în ceea ce privește recunoașterea operatorului economic SC ...SRL ca terț susținător prezintă Notificarea ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică/sectoriale care prevede că: *„În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații:*

*a) inadvertențe **de formă** ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări;*

*b) inadvertențe **de fond**, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.*

a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE ataşat ofertei/candidaturii

*Astfel, pentru **inadvertențele de formă** apărute în completarea DUAE de către ofertanţi/candidaţi, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condiţiile în care informaţiile sunt susţinute de alte precizări existente la nivelul aceluiaşi DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terţ susţinător/asociat.*

Raportat la dispoziţiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, "comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora […]".

Situaţiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanţi/candidaţi, a unui DUAE revizuit (...)".

***b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE** Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: "Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, **precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei**".*

Astfel, pentru transmiterea unui DUAE revizuit de către ofertant, în care să fie remediată inadvertenţa de formă constituită de menţionarea operatorului economic SC ...SRL ca terț susținător, se impunea solicitarea de „***clarificări cu privire la DUAE ataşat ofertei***”.

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a documentelor de calificare prezentate de ofertanţi din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor din fișa de date, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că o verificarea efectuată de comisia de evaluare asupra situației analizate nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu, criticile petentei privind nelegalitatea și netemeinicia evaluării ofertei sale sunt fondate, urmând să fie admise.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SA, în contradictoriu cu ... și va anula procesul verbal nr. 3177 din 08.06.2018 în partea referitoare la decizia de respingere a ofertei depuse de SC ... SA și actele subsecvente părții anulate a respectivului act.

Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să clarifice și să reanalizeze oferta depusă de SC ... SA cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materie și a celor reținute în motivarea de față.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., ...nr. ..., Cladirea ..., etaj ...., sectorul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în localitatea ..., str. ... nr. ..., județul ....

Anulează procesul verbal nr. ... din 08.06.2018 în partea referitoare la decizia de respingere a ofertei depuse de SC ... SA și actele subsecvente părții anulate a respectivului act.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de SC ... SA cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materie și a celor reținute în motivarea prezentei decizii.

Obligatorie.

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

Preşedinte,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**