



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C.N.S.C.**

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](http://www.cnsc.ro)

**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. 1835/C5/1941**

**Data: 21.10.2019**

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 37256/23.09.2019, respectiv, sub nr. 37973/26.09.2019, ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator dl. ..., a contestat Raportul procedurii nr. 4828/18.09.2019 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 4831/18.09.2019, documente emise în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Execuția lucrărilor de modernizare străzi în localitatea ... în cadrul proiectului «Modernizare străzi în comuna ...»”, cod CPV 45233120-6 (Rev.2), inițiată de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., str. ...și a solicitat anularea actelor atacate și a celor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei sale și ulterior emiterea unui nou rezultat, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia învederează că, deși, a depus, pentru justificarea experienței similare, contractele proprii și contractele executate de către subcontractorul ...SRL, depunând atât

acordul de subcontractare încheiat cu această societate, cât și formularul DUAЕ aferente acestui operator economic, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, prin adresa nr. 3746/ 04.07.2019, cu privire la aceste documente, respectiv, la modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară, însă, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

Un prim motiv de respingere a ofertei îl constituie neprecizarea, în cadrul acordului de subcontractare, a tuturor lucrărilor executate de subcontractor, decizie pe care contestatoarea o consideră nefondată și neîntemeiată, arătând în acest sens că, în cadrul acordului de subcontractare depus în ofertă și detaliat în cadrul răspunsului la clarificări, a precizat lucrările care urmează a fi executate de către subcontractor, și anume, lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat de balast, ș.a, sintagma „ș.a” referindu-se la anumite activități care sunt auxiliare lucrărilor ce fac parte din obiectul contractului (lucrărilor de săpătură și a lucrărilor de așternere strat de balast).

Contestatoarea aduce la cunoștință că, al doilea motiv de inacceptabilitate reținut în sarcina ofertei sale se referă la faptul că nu a prezentat în cadrul Formularului DUAЕ, toate lucrările ce urmează a fi executate de către subcontractor, arătând astfel, că în cadrul formularului DUAЕ a precizat că subcontractorul urmează a executa lucrări de săpătură și lucrări de așternere strat de balast.

Contestatoarea menționează că oferta sa a fost respinsă și pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, întrucât autoritatea contractantă nu a luat în considerare experiența dovedită de către subcontractorul ...SRL.

Astfel, se arată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări a precizat că ...SRL are calitatea de subcontractant, așa cum reiese din DUAЕ-urile prezentate și acordul de subcontractare, sens în care experiența similară a ofertantului și a subcontractantului se cumulează, potrivit art. 182 și art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, contestatoarea face trimitere și la punctul de vedere al ANAP, potrivit căruia „se poate lua în considerare și experiența similară a subcontractantului caz în care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere”.

Față de acest aspect, ...SRL invocă biblioteca de spețe a ANAP, dar și practica CNSC, din care rezultă că experiența subcontractorului se cumulează cu experiența ofertantului, iar motivul de inacceptabilitate reținut în sarcina ofertei sale este neîntemeiat.

În dovedirea contestației sale, ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Având în vedere contestația formulată de ...SRL, în temeiul art. 61<sup>1</sup> alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 37674/1941 C5/25.09.2019, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege.

Totodată, Consiliul i-a solicitat să comunice dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și să precizeze dacă referirea la „Asocierea ...SRL - ...SRL - ... SRL, prin liderul asocierii ...SRL” din finalul contestației constituie o eroare, în condițiile în care contestația este formulată de ...SRL.

Contestatoarea a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 38575/30.09.2019, precizând că, dintr-o eroare de redactare, s-a menționat în finalul contestației „Asocierea ...SRL - ...SRL - ... SRL”, titularul acesteia fiind ...SRL, acesta participând la procedură în calitate de ofertant unic cu subcontractori.

Prin corespondența transmisă prin poșta rapidă și înregistrată la Consiliu sub nr. 39097/02.10.2019, contestatoarea ...SRL a transmis, în original, Recipisa de consemnare nr. 205771870/1 din 30.09.2019, emisă de CEC Bank – Unitatea Satu Mare Centru, în sumă de 84.301,00 RON.

COMUNA ... a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), cu adresa nr. 5166/07.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 39863/09.10.2019, punctul de vedere referitor la contestația formulată de ...SRL.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că, în urma analizei acordului de subcontractare și a DUAЕ, prezentate de către contestatoare și subcontractantul acesteia, comisia de evaluare a constatat că aceasta nu precizează partea/părțile din contract care se vor subcontracta, conform cerinței formularului 3 și fișei de date a achiziției, pct. III.1.3.a. Astfel, s-a observat că autoarea contestației a șters spațiul subliniat în care trebuia să insereze activitățile care se vor subcontracta, contrar cerinței fișei de date. De asemenea, ca urmare a analizării Formularului DUAЕ, s-a constatat că documentul depus de ofertant prevede subcontractarea a „0,47% din valoarea totală a lucrărilor oferate, conform ofertă depusă/grafic de execuție”, iar cel depus de subcontractant nu prevede nimic. Autoritatea contractantă subliniază în acest sens, că, în urma analizării graficului de execuție la care face referire ofertantul, a rezultat că acesta nu prezintă niciun indiciu cu privire la activitățile pe care urmează să le subcontracteze.

Având în vedere deficiențele constatate, comisia de evaluare a solicitat ofertantului remedierea acestor documente, în sensul precizării părții/părților din contract care urmează să fie subcontractate, răspunsul ofertantului constând în inserarea în acordul de subcontractare că se vor subcontracta „lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat de balast, ș.a.”, respectiv, în inserarea în formularul DUAЕ al ofertantului și al subcontractantului, subcontractarea a „0,47% reprezentând lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast, ș.a.”.

În continuare, COMUNA ... precizează faptul că, prin sintagma „ș.a.” s-a constatat că, pe lângă lucrările de săpătură și lucrările de așternere a balastului, sunt și alte (ș.a.) lucrări care se subcontractează, fără a fi precizate, motiv pentru care răspunsul a fost considerat neconcludent, deoarece a prezentat doar parțial lucrările care se

subcontractează. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă arată că activitățile/lucrările despre care ofertantul precizează că se subcontractează nici nu sunt cuprinse printre cele prezentate în graficul de execuție la care face referire DUAE-ul inițial.

În consecință, autoritatea contractantă menționează că a apreciat că „Ofertantul nu a prezentat informații complete privind partea din contract care urmează a fi subcontractată, astfel cum s-a solicitat în fișa de date pct. III.1.3.a”, oferta fiind declarată inacceptabilă.

În ceea ce privește experiența similară a contestatoarei, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că aceasta constă în 2 contracte în valoare cumulată de 2.850.295 lei, insuficientă, în condițiile în care cerința este ca valoarea cumulată a lucrărilor aferente a 3 contracte să fie de minim 4.200.000 lei. Suplimentar, DUAE prezentat de subcontractant prezintă un contract de experiență similară despre care ofertantul consideră că ar trebui luat în considerare și cumulat cu experiența proprie, în baza art. 182 și art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă face precizarea că experiența similară a subcontractantului se poate lua în considerare însă doar pentru partea lui de implicare în contract. De asemenea, autoritatea contractantă este de acord cu punctul de vedere al ANAP, citat de contestatoare în conținutul contestației, respectiv „se poate lua în considerare experiența similară a subcontractantului caz în care acesta devine terț susținător fără a avea obligația depunerii unui angajament de susținere”, însă această posibilitate nu suplinește precizarea expresă a art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă nu poate reține jurisprudența invocată de contestatoare, considerând că situația în care se află ...SRL este diferită, în sensul că subcontractantul propus va executa „0,47% (din contractul de lucrări) reprezentând lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast /.../ ș.a.”, nefiind precizată cu exactitate partea din contract care se subcontractează, astfel că nu se cunoaște care este partea de implicare în contract a subcontractantului, respectiv una dintre cerințele textului art. 174 alin. (2) sus menționat. Totodată, presupunând că partea din contract subcontractată este doar lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast, autoritatea contractantă nu o poate lua în considerare, întrucât cerința de calificare se referă la lucrări de construire/reabilitare/modernizare drumuri.

Autoritatea contractantă susține că, presupunând că prețul ofertat de contestatoare este mai mic decât cel al ofertantului câștigător, ponderea de 0,47% din această valoare este de maxim 19.740 lei raportat la o valoare a ofertei de 4.200.000 lei, respectiv ofertantul subcontractează lucrări de 19.740 lei și are pretenția ca subcontractantul să susțină diferența de valoare de la 2.850.295 lei, cât cumulează experiența similară a ofertantului și până la 4.200.000 lei, cât este cerința minimă de calificare, prin urmare, pretenția ar fi ca subcontractantul să execute 0,47% din contract dar să fie terț susținător pentru o treime din valoarea experienței similare solicitate.

În final, autoritatea contractantă arată că cerințele fișei de date a achiziției impun terțului susținător să prezinte nu doar angajamentul de susținere, ci și documente din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea, care sunt reprezentate de documentele din care reiese experiența similară, aceste documente nefiind precizate în legislație ca fiind facultative în cazul în care susținerea este asigurată de subcontractant, ci chiar obligatorii, așa cum dispune art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată și neîntemeiată.

**Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:**

COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Execuția lucrărilor de modernizare străzi în localitatea ... în cadrul proiectului «Modernizare străzi în comuna ...»”, cod CPV 45233120-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 02.07.2019, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 4.215.020,11 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 5 operatori economici, printre care și ...SRL, așa cum rezultă din conținutul procesului verbal 1, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 3849/04.07.2019.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii înregistrat sub nr. 4828/19.09.2019, potrivit căruia oferta depusă de ...SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, comunicat prin adresa nr. 4831/18.09.2019, ofertantul ...SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Contestatoarea a făcut dovada respectării dispozițiilor art. 61<sup>1</sup> alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 39097/02.10.2019, a depus la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare nr. 205771870/1 din data de 30.09.2019, emisă de CEC Bank – Satu Mare Centru, în valoare de 84.301,00 RON.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii convenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă*

partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”], coroborate cu dispozițiile art. 61<sup>1</sup> alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânării definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”].

Din conținutul contestației, rezultă nemulțumirea autoarei acesteia de decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale.

Preliminar analizării criticilor formulate de ...SRL, Consiliul constată că prezenta contestație poate fi admisă doar în situația în care criticile formulate de contestatoare cu privire la fiecare motiv de respingere a ofertei sale sunt apreciate ca fiind întemeiate.

În situația în care una dintre critici nu este întemeiată, astfel încât un motiv de respingere a fost reținut în mod corect de către membrii comisiei de evaluare, prezenta contestație nu poate fi admisă, caracterul ofertei contestatoarei neputând fi schimbat.

În analiza prezentei contestații, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

- Fișa de date a achiziției:
  - pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară, subpct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: „Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

*Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat*

*Cerința nr. 1 - Experiența similară*

*Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în **valoare cumulată de cel puțin 4.200.000 lei fără TVA**. Se acceptă **însurarea valorilor** aferente lucrărilor executate **în cadrul a maximum 3 contracte**.*

*Prin lucrări similare, se înțelege: **lucrări de construire/reabilitare/modernizare drumuri**.*

*Cerința nr. 2 - **Informații privind partea/părțile din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze**.*

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

*Modalitatea de îndeplinire:*

**Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante.**

Asociatul/asociații nominalizați va/vor prezenta distinct DUAЕ în care se vor cuprinde informațiile solicitate. La nivelul DUAЕ trebuie precizate informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, tipul/categoriile de lucrări executate, valoarea, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și activitățile/ categoriile de lucrări pentru care a fost responsabil în execuția lucrărilor. Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței, vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor: (...)

**Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. DUAЕ completat de ofertant în care va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare (model orientativ Formular nr. 3). Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul vor completa la rândul lor un DUAЕ separat, incluzând informațiile referitoare la situațiile de excludere astfel cum acestea sunt menționate la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016 precum și cele care prezintă relevanță din perspectiva capacităților pe care se bazează ofertantul. Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAЕ doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere DUAЕ completat de ofertant în care va include și informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAЕ.**

Terțul/terții susținători vor completa DUAЕ cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Odată cu depunerea DUAЕ se prezintă angajamentul terțului susținător (model orientativ Formularul nr. 2) împreună cu documentele anexe la angajament, transmise acestora de către terț/terții susținători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora”;

- formularul 3 – Acord de subcontractare, art. 2, cuprinde următoarele prevederi: „Părțile au convenit ca în cazul desemnării ofertei câștigătoare la procedura de achiziție publică organizată de \_\_\_\_\_ să desfășoare următoarele activități ce se vor subcontracta \_\_\_\_\_”;

Din conținutul DUAЕ-ului întocmit de ofertantul contestator, depus inițial în cadrul ofertei, rezultă că, la cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, se regăsesc următoarele informații:

- în legătură cu executarea de lucrări de tipul specificat, două contracte: contractul nr. 10868/28.07.2015 în valoare de 1.384.049,72 RON și contractul nr. 627/17.03.2015 în valoare de 1.466.246,00 RON.

- în legătură cu „Proporția de subcontractare”: „0,47% din valoarea totală a lucrărilor oferite, conform ofertă depusă/grafic de execuție”.

Atașat acestui document, ofertantul a depus Formularul nr. 3 - Acord de subcontractare nr. 1/01.07.2019, încheiat între ...SRL și ...SRL, în cadrul căruia, la art. 3 se menționează că valoarea estimată a lucrărilor ce se vor executa de subcontractantul ...SRL reprezintă **0,47%** din valoarea totală a lucrărilor (valoarea în lei nu este indicată fiind blurată), iar art. 2 are următorul conținut: *„Părțile au convenit ca în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare la procedura de achiziție publică organizată de către Comuna ... să desfășoare următoarele activități ce se vor subcontracta”*.

De asemenea, contestatoarea a depus, în cadrul ofertei inițiale și DUAЕ-ul aparținând ...SRL, la cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, în legătură cu executarea de lucrări de tipul specificat, regăsindu-se informații referitoare la contractul nr. 18996/ 14.12.2016 în valoare de 14.967.182,43 RON.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, în cadrul procesului verbal 1, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 3849/04.07.2019, evaluând documentele DUAЕ, în legătură oferta depusă de ...SRL, respectiv experiența similară a acestui ofertant, au reținut, referitor **„Declarație DUAЕ ...SRL Contract (...)”**, faptul că *„Se ia în considerare doar partea de implicare în contract. La nivelul DUAЕ nu s-au precizat următoarele informații: tipul/categoriile de lucrări executate, ponderea și activitățile/categoriile de lucrări pentru care a fost responsabil în execuția lucrărilor”* și au stabilit transmiterea unei solicitări de clarificări contestatoarei.

În acest sens, prin adresa nr. 3846/04.07.2019, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei următoarele:

*„1. Acordul de subcontractare nu precizează partea/părțile din contract care se vor subcontracta, conform cerinței formularului 3 și a fișei de date pct. III.1.3.a. Se vor prezenta explicații/clarificări.*

*2. Se vor prezenta DUAЕ ale ofertantului și subcontractantului în care se precizează informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractantă conform fișei de date pct. III.1.3.a.*

*3. Având în vedere că, în conformitate cu Legea nr. 98/2016 art. 172 alin. (4), se poate lua în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului ...SRL însă doar pentru partea lui de implicarea în contract, se va preciza, conform DUAЕ depus, modul de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară conform fișei de date pct. III.1.3.a.*

*4. Se va depune DUAЕ revizuit în care se vor completa următoarele informații referitoare la experiența similară: tipul/categoriile de lucrări executate, ponderea și activitățile/categoriile de lucrări pentru care a*

*fost responsabil în execuția lucrărilor, conform solicitării din fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a”.*

Prin adresa nr. 258/08.07.2019, ofertantul ...SRL a răspuns solicitării autorității contractante, precizând, printre altele:

*„Răspuns solicitarea de clarificări nr. 1: Conform Acordului de subcontractare și a Formularului DUAЕ, ofertantul intenționează să subcontracteze către ...SRL, 0,47% din lucrările de construcție ce urmează a fi executate în cadrul contractului. Vă depunem alăturat Acordul de subcontractare prin care detaliem natura lucrărilor ce urmează a fi executate de acest subcontractant. (...)*

*Răspuns solicitarea de clarificări nr. 2: Vă comunicăm alăturat formularele DUAЕ ale ofertantului și a subcontractorului privind detalierea lucrărilor ce urmează a fi executate de acest subcontractant. (...)*

*Răspuns solicitarea de clarificări nr. 3: ...SRL are calitatea de subcontractant, după cum reiese din DUAЕ-urile prezentate și acordul de subcontractare, cu luarea în considerare a experienței similare a acestuia. Conform art. 182 din Legea nr. 98/2016, capacitatea terțului, în acest caz, a subcontractantului poate fi cumulată, după caz, cu cea a ofertantului candidatului pentru îndeplinirea cerinței de capacitate tehnică și profesională.*

*Prin urmare, cerința privind experiența similară (...) este îndeplinită de către ofertant, prin cumul cu subcontractantul ...SRL. Totodată precizăm că în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (...) . Raportat la speța în cauză, Agenția Națională pentru Achiziții Publice precizează că se poate lua în considerare și experiența similară a subcontractantului, caz în care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere.*

*Având în vedere susținerile anterioare și textul legislativ menționat, arătăm că ...SRL este subcontractant și are calitate de terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere. (...)*

*Astfel, având în vedere faptul că subcontractantul urmează a executa lucrările pentru a cărei experiență se solicită, indiferent de procentul acestor lucrări experiența similară a ofertantului cu cea a subcontractantului se cumulează.*

*Așa cum s-a reținut în jurisprudență, luarea în considerare a experienței similare, doar pentru partea de implicare în contract a subcontractantului operează doar în situația în care pentru exercitarea acestei activități sunt necesare anumite autorizări speciale, ceea ce în situația de față nu este cazul. Astfel, ofertantul și subcontractorul au capacitatea legală de a realiza lucrările aferente obiectului contractului, sens în care teza citată de dumneavoastră în cadrul solicitării de clarificări nu este aplicabilă.*

*În situația de față, având în vedere faptul că subcontractantul realizează lucrări de aceeași natură cu ofertantul, experiența similară a celor doi operatori economici se cumulează. Cumulând valoarea experienței similare a ofertantului cu cea a subcontractorului, conform*

mențiunilor din cadrul formularului DUAЕ, constatăm că această valoare este superioară celei solicitate prin fișa de date a achiziției.

(...)

Răspuns solicitarea de clarificări nr. 4: Vă comunicăm Formularele DUAЕ revizuite, în cuprinsul cărora detaliem informațiile privind tipul/categoriile de lucrări executate, ponderea și activitățile/categoriile de lucrări pentru care a fost responsabil executantul”.

Acest răspuns a fost însoțit de mai multe documente, respectiv:

- acordul de subcontractare nr. 1/01.07.2019, încheiat între ...SRL și ...SRL, în cadrul căruia, la art. 2 se precizează că „Părțile au convenit ca în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare la procedura de achiziție publică organizată de către Comuna ... să desfășoare următoarele activități ce se vor subcontracta: lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast, ș. a.”, iar la art. 3 se precizează că „**Valoarea estimată a lucrărilor ce se vor executa de subcontractul ...SRL este de \_\_\_\_\_ lei, reprezentând 0,47% din valoarea totală a lucrărilor oferite**”;

- documentul DUAЕ revizuit aparținând ofertantului ...SRL, în cadrul căruia, la cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, în legătură cu „Proporția de subcontractare”, se regăsește următoarea mențiune: „Subcontractant: ...SRL în **procent de 0,47%** reprezentând lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast, ... ș.a.”;

- documentul DUAЕ al subcontractantului ...SRL, în cadrul căruia, la cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, în legătură cu „Proporția de subcontractare”, se regăsește următoarea mențiune: „Subcontractant: ...SRL în **procent de 0,47%** reprezentând lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast, ... ș.a.”.

Expertul cooptat a analizat răspunsul ofertantului ...SRL a constatat că acesta este neconcludent iar oferta inacceptabilă, rezultatul analizei efectuate fiind consemnat în cadrul „Raportului juridic” înregistrat sub nr. 3955/ 15.07.2019.

Membrii comisiei de evaluare și-au însușit opinia expertului cooptat și, în cadrul procesului verbal 2, înregistrat sub nr. 3956/15.07.2019 și, ulterior, în cadrul raportului procedurii nr. 4828/18.09.2019, au reținut următoarele:

«1. Acordul de subcontractare nu precizează partea/părțile din contract care se vor subcontracta, conform cerinței formularului 3 și fișei de date pct. III.1.3.a. S-a solicitat să se prezinte explicații/clarificări. Ofertantul a răspuns precizând ca intenționează să subcontracteze către ...SRL 0,47 % din lucrările de construcție ce urmează a fi executate în cadrul contractului. Ofertantul a prezentat acordul de subcontractare 1/1.07.2019 în care a precizat că se vor subcontracta următoarele: „lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat de balast, s.a.”. Analizând răspunsul ofertantului, se constată că din documentele prezentate nu rezultă în totalitate partea/părțile din contract care se vor subcontracta. Se constată că, în afara unor lucrări de săpătură și lucrări de așternere strat de balast, conform formulării din acordul de asociere, se vor subcontracta și alte lucrări, care însă nu au fost precizate,

folosindu-se în schimb acronimul „s.a.". Răspunsul NU este concludent. Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 134 alin. 5. Ofertantul nu a precizat partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze, astfel cum s-a solicitat în fișa de date pct. III.1.3.a. Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 137 a. 2 lit. b.

2. S-a solicitat să se prezinte DUAЕ ale ofertantului și subcontractantului în care să se precizeze informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată conform fișei de date pct. III.1.3.a. Ofertantul a răspuns prezentând DUAЕ revizuit în care a precizat la rubrica „Proporția de subcontractare” următoarele: „Subcontractant: SC ...SRL în procent de 0,47 % reprezentând lucrări de săpătură, lucrări de așternere strat balast,.. s.a.". Analizând răspunsul ofertantului, se constată că acesta nu a precizat în DUAЕ informații din care să rezulte în mod clar partea din contract care urmează a fi subcontractată. Prin fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a s-a solicitat ca ofertantul să prezinte „DUAЕ completat de ofertant în care va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată". Se constată că, în afara unor lucrări de săpătură și lucrări de așternere strat de balast, conform formulării din DUAЕ, se vor subcontracta și alte lucrări, care însă nu au fost precizate, folosindu-se în schimb acronimul „s.a". Răspunsul NU este concludent. Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 134 alin. (5). Ofertantul nu a prezentat în DUAЕ informații complete privind partea din contract care urmează a fi subcontractată, astfel cum s-a solicitat în fișa de date pct. III.1.3.a. Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 137 alin. 2 lit. b.

3. Având în vedere că, în conformitate cu Legea 98/2016 art. 172 alin. 4, se poate lua în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului ...SRL însă doar pentru partea lui de implicare în contract, s-a solicitat să se precizeze, conform DUAЕ depus, modul de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară conform fișei de date pct. III.1.3.a. Ofertantul a răspuns precizând următoarele: „cerința privind experiența similară este îndeplinită de către ofertant, prin cumul cu subcontractantul ...SRL. ...este subcontractant și are și calitate de terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere. Astfel, având în vedere faptul că subcontractantul urmează a executa lucrările pentru a cărei experiență se solicita, indiferent de procentul acestor lucrări experiența similară a ofertantului cu cea a subcontractantului se cumulează. Așa cum s-a reținut în jurisprudență, luarea în considerare a experienței similare, doar pentru partea de implicare în contract a subcontractorului, operează doar în situația în care pentru exercitarea acestei activități sunt necesare anumite autorizări speciale, ceea ce în situația de față nu este cazul. Atât ofertantul cât și subcontractorul au capacitatea legală de a realiza lucrările aferente obiectului contractului, sens în care teza citată de dumneavoastră în cadrul solicitării de clarificări, nu este aplicabilă. În situația de față, având în vedere faptul că subcontractantul realizează

lucrări de aceeași natură cu ofertantului, experiența similară a celor doi operatori economici se cumulează.

Cumulând valoarea experienței similare a ofertantului cu cea a subcontractorului, conform mențiunilor din cadrul formularului DUAЕ, constatăm că această valoare este superioară celei solicitate prin Fișa de Date a Achiziției”.

Ofertantul a mai invocat practica judiciară CNSC, precum și răspunsul ANAP din 9.11.2016 prezentat în biblioteca de spețe, conform căruia „conform prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea 98/2016 autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens. Astfel, având în vedere speța în cauză precizăm că se poate lua în considerare și experiența similară a subcontractantului, caz în care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere”.

Analizând răspunsul ofertantului se constată că experiența similară a subcontractantului ...SRL nu poate fi luată în considerare întrucât, pe de o parte acesta nu a fost declarat susținător terț, iar pe de altă parte nu se cunoaște în mod clar partea sa de implicare în contract. Față de cele de mai sus, potrivit art. 3, alin. 1 din Legea 98/2016 subcontractantul nu este parte a contractului de achiziție publică, iar acesta nu răspunde direct în fața autorității contractante ci doar în fața contractantului, spre deosebire de susținătorul terț care, prin angajamentul ferm se angajează să răspundă în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică, conform prevederilor art. 184 din Legea 98/2016. Conform art. 172, alin. 4 din Legea 98/2016 invocat și în răspunsul ANAP din 9.11.2016 prezentat în biblioteca de spețe, „autoritatea contractantă [...] ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens”. Având în vedere faptul că partea de implicare a ...SRL în contract nu este cunoscută, autoritatea contractantă nu va lua în considerare capacitatea tehnică și profesională a acestuia. În plus, jurisprudența CNSC invocată de ofertant nu poate fi reținută, întrucât aceasta nu se referă la o situație similară ci la un contract având ca obiect servicii de proiectare și execuție lucrări, cerința de calificare impunând deținerea de experiență similară atât pentru componenta de servicii, cât și pentru cea de lucrări, iar subcontractantul a fost propus pentru partea pentru care a fost solicitată experiență similară. Având în vedere cele de mai sus, vor fi luate în considerare pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară doar contractele precizate în DUAЕ de către ...SRL, iar acestea însumează 2.850.295,72 lei, valoare mai mică decât pragul de 4.200.000 lei impus prin fișa de date a achiziției. Oferta nu îndeplinește cerința de calificare referitoare la experiența similară, solicitată în fișa de date la cap.

*III.1.3.a. Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 137 alin. 2 lit. b.»*

Analizând critica autoarei contestației referitoare la motivul de respingere a ofertei sale pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, Consiliul constată următoarele:

Astfel, pentru a putea verifica temeinicia/netemeinicia acestei critici, este necesar să se stabilească dacă, în situația în care un subcontractant devine, potrivit legii, terț susținător în legătură cu o anumită resursă, pentru verificarea îndeplinirii unui criteriu de calificare, în speță, a experienței similare, trebuie luată în considerare orice resursă a acestuia și în orice valoare/cantitate sau această resursă trebuie raportată la informațiile existente în acordul de subcontractare.

În speță sunt relevante următoarele prevederi legale:

- Legea nr. 98/2016:

- art. 172 alin. (4) „Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar **ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit**, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens”;

- art. 174 alin. (1) și (2):

„(1) Autoritatea 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 o/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 o/le îndeplinească efectiv, autoritatea 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 o/le îndeplinească efectiv”;

- art. 193 alin. (3): „În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”;

- HG nr. 395/2016:

- art. 48:

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

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

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

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

- art. 49: „În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător(i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament.

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că un subcontractant poate deveni terț susținător în cazul în care un ofertant se bazează pe capacitățile subcontractantului.

Având în vedere faptul că acordul de subcontractare, încheiat între ofertant și subcontractant (în cadrul căruia este indicată partea din contract pe care urmează să o execute/realizeze subcontractantul), devine un angajament ferm, care conține, potrivit dispozițiilor legale anterior citate, în mod explicit resursele puse la dispoziție de către terțul susținător, este evident faptul că informațiile din acordul de subcontractare referitoare la capacitățile pe care se bazează ofertantul trebuie interpretate în strânsă corelare cu cele prevăzute într-un angajament de susținere.

Această interpretare rezultă și din prevederile legale stabilite de legiuitor a fi respectate pe perioada derulării contractului, care condiționează înlocuirea unui subcontractant, pe parcursul derulării contractului, de îndeplinirea de către noul subcontractant a resurselor

corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică, relevante în acest sens fiind art. 150-155 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

*„Art. 151. - Înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații:*

*a) înlocuirea subcontractanților nominalizați în ofertă și ale căror activități au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanți,*

*b) declararea unor noi subcontractanți ulterior semnării contractului de achiziție publică în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora,*

*c) renunțarea/retragerea subcontractanților din contractul de achiziție publică.*

*Art. 152. - În situațiile prevăzute la art. 151, autoritatea contractantă are obligația de a solicita prezentarea contractelor încheiate între contractant și subcontractanți declarați ulterior, care să conțină obligatoriu, cel puțin următoarele elemente:*

*a) activitățile ce urmează a fi subcontractate;*

*b) numele, datele de contact, reprezentanții legali ai noilor subcontractanți;*

*c) valoarea aferentă prestațiilor noilor subcontractanți.*

*Art. 153. - În situațiile prevăzute la art. 151, noii subcontractanți au obligația de a prezenta o declarație pe propria răspundere prin care își asumă respectarea prevederilor caietului de sarcini și a propunerii tehnice depuse de către contractant la ofertă, aferentă activității supuse subcontractării.*

*Art. 154. - Contractele menționate la art. 152 și declarațiile menționate la art. 153 vor fi prezentate cu cel puțin 15 zile înainte de momentul începerii executării lucrărilor/prestării serviciilor de către noii subcontractanți.*

*Art. 155. - În situațiile prevăzute la art. 151, noii subcontractanți au obligația de a transmite certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a **resurselor/capabilităților corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică.***

În speță, ofertantul ...SRL, apreciind că nu poate îndeplini singur lucrările aferente prezentului contract, a desemnat un subcontractant (...SRL), care, potrivit acordului de subcontractare, urmează să realizeze „0,47% din valoarea estimată a lucrărilor ce se vor executa”, reprezentând cca. 19.811 lei (în condițiile în care valoarea estimată a lucrărilor este de 4.215.020,11 lei), astfel că, potrivit dispozițiilor legale citate în paragrafele anterioare, capacitatea tehnică pe care se poate baza ofertantul și care poate fi luată în considerare de către autoritatea contractantă la verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, este limitată la informațiile existente în cadrul acordului de subcontractare, respectiv 19.811 lei, care, conform dispozițiilor art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016 teza a doua,

**reprezintă în același timp și angajament ferm**, valoare insuficientă contestatoarei pentru îndeplinirea pragului stabilit de autoritatea contractantă pentru experiența similară.

În această situație, Consiliul nu poate reține susținerea contestatoarei referitoare la faptul că ar fi trebuit luată în considerare, în verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, întreaga valoare a contractului indicat de subcontractant. În cazul în care ofertantul ar fi dorit ca experiența similară a societății ...SRL să fie luată în considerare integral ar fi trebuit ca această societate să aibă calitatea de asociat sau terț susținător cu indicarea în mod concret a resurselor - întreaga valoare a experienței similare. Declararea acestei societăți ca subcontractant face ca valoarea experienței similare care poate fi luată în calcul să fie limitată la valoarea acordului de subcontractare, **care, reprezintă în același timp și angajament ferm.**

A admite punctul de vedere al contestatoarei ar însemna acceptarea unui angajament ferm pentru o resursă nelimitată, neconcretizat în niciun document, contrar dispozițiilor legale în vigoare.

Concluzionând, în legătură cu contestația analizată, Consiliul constată ca fiind corectă decizia autorității contractante, contestația fiind nefondată.

Față de cele de mai sus menționate, văzând caracterul inacceptabil al ofertei depusă de contestatoare pentru motivul analizat anterior, Consiliul nu va mai proceda la analiza criticilor referitoare la celelalte motive pentru care autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei contestatoarei, deoarece concluzia anterioară a fost suficientă pentru a-și forma convingerea privind soluția ce urmează a fi pronunțată, respectiv corectitudinea deciziei autorității contractante de a respinge oferta depusă de ...SRL.

În ceea ce privește practica CNSC, invocată de către contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă, având în vedere, pe de o parte, faptul că în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți (în spețele invocate subcontractarea vizând activități de proiectare).

Prin urmare, în scopul respectării principiului celerității, garantat de prevederile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul nu va mai analiza celelalte critici formulate de contestatoare, întrucât cele cuprinse în motivarea anterioară au condus la convingerea sa privind soluția ce urmează a fi pronunțată.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ....

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

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

### **CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ....

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

### **PREȘEDINTE COMPLET**

...

### **MEMBRU COMPLET**

....

### **MEMBRU COMPLET**

....

Redactat în 4 exemplare originale, conține 17 pagini.