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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

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

Prin contestația nr. 681/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată în registrul comerțului cu nr. ....., având CIF ....., reprezentată legal prin ..... – administrator, împotriva adresei nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., județul ....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Servicii de proiectare și execuție pentru «reabilitare și modernizare rețele de drumuri în ....., județul .....»”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat admiterea contestației, anularea actului atacat, a adresei nr. 595/26.02....., reprezentând răspuns la notificarea prealabilă, și reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică prin includerea ofertei în categoria celor admisibile.

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

Prin contestația de față, SC ..... SRL contestă adresa nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Ca urmare a invitației de participare nr. ...../....., anunț de tip erată nr. 120036/22.01....., contestatorul, în calitate de ofertant, a participat la procedura de achiziție în cauză.

Autoritatea contractantă, în cadrul adresei nr. ...../....., a informat contestatorul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit art. 137 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 182 din Legea nr. 98/2016, având în vedere faptul că subcontractantul propus, SC ...SRL nu a fost declarat și terț susținător sau asociat, contractele prezentate de către acesta pentru experiența similară cu privire la serviciile de proiectare nefiind luate în considerare.

Societatea contestatoare consideră că o asemenea interpretare vine în contradicție cu însuși dreptul operatorului economic de a subcontracta. Astfel, arată că în Manualul Operațional pentru Atribuirea Contractelor de Achiziție Publică se arată că subcontractarea este motivată economic de faptul că ofertantul obține de la subcontractant bunuri, servicii sau lucrări pe care nu le poate produce/presta/executa el însuși. Or, în considerarea acestui aspect, este absurd să se impună ofertantului să dovedească îndeplinirea cerinței privind experiența similară pentru servicii de proiectare pe care nu el, ci subcontractantul le va presta și asuma pe parcursul executării contractului.

Autoarea contestației, menționând prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016, susține că, potrivit fișei de date a achiziției, la cap. III 2.3 a) cerința 1, a fost specificat faptul că pentru asociați, terți și subcontractanți s-a solicitat ca, odată cu depunerea DUAE, să prezinte angajamentul terțului susținător, acordul de asociere și acordul de subcontractare. Documentele justificative, care probează cele asumate în angajamente/acorduri, vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire la solicitarea autorității contractante.

Contestatorul consideră că a depus formularele DUAE, în conformitate cu cele solicitate. În măsura în care autoritatea contractantă a apreciat că nu au fost furnizate toate informațiile cerute prin DUAE, avea obligația ca, în temeiul art. 132 și 134 din HG nr. 395/2016, să solicite clarificări și, numai în situația în care nu s-ar fi răspuns la aceste clarificări, ar fi fost îndreptățită să procedeze la respingerea ofertei ca inacceptabilă.

În speța de față, autoritatea contractantă nu a solicitat niciun fel de clarificări cu privire la aspectul invocat prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii și a dispus respingerea ofertei înainte de a solicita clarificări, încălcând prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016.

În opinia contestatorului, decizia de respingere a ofertei, ca fiind inacceptabilă, a fost una excesivă și în contradicție cu tratamentul egal și nediscriminarea.

Menționând Instrucțiunea nr. 2/19.04.2017, contestatorul arată că, atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare referitoare la situația economică și financiară și/sau

capacitatea tehnică și profesională, prin invocarea susținerii acordate de unul sau mai mulți terți, în condițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, capacitatea acestuia/acestora poate fi cumulată, după caz, cu cea a ofertantului/candidatului pentru îndeplinirea respectivei cerințe.

Prin urmare, cerința privind experiența similară, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, poate fi îndeplinită fie de către ofertant, fie de către ofertant prin cumul cu terțul/terții susținător/susținători, fie de către terț/terții susținător/susținători. Conform prevederilor art. 172 alin. (4) din același act normativ, autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar va lua 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, cum este cazul în speță.

În speța de față, întrucât în procedura de achiziție a fost formulată cerința minimă privind experiența similară pentru orice tip de servicii de proiectare pentru reabilitare drumuri, construcții noi de drumuri, modernizare drumuri, reparații capitale de drumuri, societatea contestatoare consideră că se putea lua în considerare și experiența similară a subcontractantului pentru serviciile de proiectare, acesta devenind și terț susținător, dar neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere.

Astfel, potrivit art. 55 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, societatea contestatoare consideră că a îndeplinit cerința prin nominalizarea subcontractantului de specialitate pentru serviciile de proiectare, parte din contract de care era direct corespunzător.

În drept, SC ..... SRL își sprijină contestația pe dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia.

Prin adresa nr. 680/05.03....., înregistrată la Consiliu sub nr. 9362/07.03....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În preambul, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii, arătând că, prin documentația de atribuire, a stabilit criteriile de calificare ale ofertanților pentru prezenta procedură. Toate informațiile au fost puse la dispoziția operatorilor economici, anterior termenului de depunere a ofertelor. Orice neclaritate referitoare la modul de îndeplinire a cerințelor minime de calificare puteau face obiectul unor solicitări de clarificări din partea acestora, autoritatea contractantă urmând a le clarifica și aduce la cunoștință tuturor posibililor ofertanți. Astfel, orice critică referitoare la documentația de atribuire este tardivă, raportat la termenul stabilit de legiuitor prin Legea nr. 101/2016.

Potrivit autorității contractante, prin documentația de atribuire și fișa de date, s-a stabilit modul în care putea fi îndeplinită cerința privind

experiența similară, respectiv prin susținerea acordată de un terț susținător, cu menționarea clară a modalității în care acesta, aceștia se angajau față de autoritatea contractantă în derularea contractului.

Astfel, prin fișa de date autoritatea contractantă a stabilit, în mod clar, modalitățile prin care putea fi demonstrată experiența similară, ofertantul având obligația prezentării tuturor documentelor.

În măsura în care subcontractantul este și terț susținător, contestatorul avea obligația prezentării tuturor documentelor (DUAE pentru terț susţinător, angajament de susținere etc), așa cum a fost menționat în fișa de date, anterior datei limită de depunere a ofertelor. Acceptarea modificării ofertei prin completarea acesteia ar încălca principiile statuate prin art. 2 din Legea nr. 98/.....

Referitor la Instrucțiunea nr. 2/19.04.2017, autoritatea contractantă susține că pentru operatorul economic care a fost declarat subcontractant, și se dorea a-i fi luată în considerare experiența similară era obligatorie declararea acestuia ca terț susținător, pentru ca în procesul de evaluare, comisia de evaluare să poată declara cerința îndeplinită, în caz contrar comisia respinge oferta, motivat de neîndeplinirea cerințelor minime de calificare. În susținerea interpretărilor autorității contractante este menționat art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC ..... SRL.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Servicii de proiectare și execuție pentru «reabilitare și modernizare rețele de drumuri în ....., județul .....»”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ...../15.01..... Valoarea estimată a contractului este de 12.427.916, 23 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

La procedura de atribuire au fost depuse 8 oferte, printre care și cea a operatorului economic .....

În procesul-verbal nr. 1/525/....., comisia de evaluare a decis respingerea ofertei depusă de ..... SRL, în temeiul art. 137 alin. (1) si alin. (2) lit. b) din HG 395/2016, coroborat cu art. 182 din legea 98/2016.

Prin adresa nr. ...../....., autoritatea contractantă a comunicat către ..... SRL rezultatul etapei de evaluare a DUAE:

[…] *În urma analizarii formularelor DUAE prezentate de dvs., comisia de evaluare a constatat ca <u>cerința cu privire la experiența similara</u>, Fisa de date, Cap. III.2.3.a), Cerința nr. 1 nu este indeplinita deoarece <u>subcontractantul nu este declarat si tert sustinator sau asociat contractele prezentate de către acesta pentru experiența similara cu privire la serviciile de proiectare nu pot fi luate in considerare</u>, drept*

urmare comisia de evaluare a decis respingerea ofertei ca inacceptabila in baza art. 137 alin. (1) si alin. (2) lit. b) din HG 395/2016, coroborat cu art. 182 din legea 98/2016. […]

Împotriva respingerii ofertei și a adresei precitate, cu argumentele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii răspunsului din partea acesteia considerat nemulțumitor, ... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, la subcap III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala, s-au impus următoarele:

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

Cerinta nr. 1 […]

Experienta similara servicii:

Ofertantul trebuie sa fi prestat servicii similare (Orice tip de servicii de proiectare pentru: Reabilitare drumuri/ contructii noi de drumuri/ Modernizare drumuri/ Reparatii capital drumuri) în ultimii 3 ani în valoare cumulata de cel putin: 95.000,00 lei, fara TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor serviciilor prestate pe ultimii 3 ani , se vor prezenta: procese verbale de predare – primire a serviciilor sau alte acte doveditoare pentru cele mai importante în domeniul obiectului contractului de achizitie publica. Experienta se va prezenta conform prevederilor art. 113 alin. 11 si art. 179 lit. b) din legea nr. 98/2016.

Completare DUAE. Nota: Pentru asociati, terti si subcontractanti se solicita ca odata cu depunerea DUAE sa prezinte angajamentul tertului sustinator (impreuna cu documente anexe la angajament, transmise acestora de catre tert/tertii sustinatori, din care rezulta modul efectiv in care se va materializa sustinerea acestuia/acestora), acordul de asociere si acordul de subcontractare. Documentele justificative care probeaza cele asumate in angajamente/acorduri vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire la solicitarea autoritatii contractante angajamente/acorduri vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire la solicitarea autoritatii contractante.

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.

Urmatoarele documente justificative care probeaza îndeplinirea cerintei vor fi prezentate, la finalizarea evaluarii ofertelor ,de catre operatorul economic clasat pe primul loc, la solicitarea autoritatii contractante:

Pt. Servicii : Proces verbaL de predare primire servicii / alte documente contrasemnate de beneficiar .

Pt. Executie Lucrari: […]

Capacitatea tehnica si/sau profesionala a operatorului economic poate fi sustinuta în conformitate cu art.182 din Legea nr. 98/2016.

Modalitate de îndeplinire: în DUAE completat de ofertant se vor include si informatiile cu privire la existenta unei sustineri de terta parte, precum si celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAE. Tertul/tertii sustinatori vor completa DUAE cu informatii privind nivelul lor de experienta, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzator sustinerii acordate.

Prin angajamentul ferm, tertul/tertii confirma, prezentând documente justificative, dupa caz, 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 identificarea resurselor tehnice si profesionale pe care le va pune la dispozitie ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Totodata, 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.

Consiliul ia act că, în dovedirea experienței similare pentru serviciile de proiectare, ofertantul a prezentat:

- DUAE al ..... SRL, în care s-au menționat, în Partea II, următoarele:

Partea II C. Informații privind utilizarea capacităților altor entități
Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos?

- *DA*
- *NU*

D. Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează
Operatorul intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?

- *Da*
- *Nu*

Dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși: SC ...SRL

- DUAE al ...SRL (denumită în continuare ...), în care sunt menționate, în dovedirea serviciilor similare, mai multe contracte;

- Acordul de subcontractare nr. 350/07.02.2016, pentru servicii de proiectare, încheiat între SC ..... SRL și SC ...SRL, în care se menționează:

Art.1. Lucrările ce fac obiectul prezentului contract sunt: Servicii de proiectare tehnică și asistență pe parcursul execuției lucrărilor în cadrul contractului de lucrări: Servicii de proiectare și execuție pentru: „Reabilitare și modernizare rețele de drumuri în ....., județul ....."
- coduri C.P.V 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2); 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2); 71356200-0 Servicii de asistență tehnică (Rev.2), la data de 07.02....., organizată de ....., Str. Principală nr. 42, ..., județul .....
Art.2. Valoarea lucrărilor subcontractate de servicii de proiectare este de 96.500,00 lei. […]
Art.8. Subcontractantul se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de investitor conform contractului: Servicii de proiectare și execuție pentru: „Reabilitare și modernizare rețele de drumuri în ....., județul ....."
- coduri C.P.V 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2); 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2); 71356200-0 Servicii de asistență tehnică (Rev.2).

Consiliul constată că, ... SRL deși a declarat în DUAE-ul propriu că operatorul ...SRL are calitatea de subcontractant pe capacitățile căruia nu se bazează, din DUAE-ul celui din urmă rezultă că acesta susține ofertantul cu experiența similară pentru serviciile de proiectare, iar din propunerea tehnică și acordul de subcontractare observă că se va implica și în executarea părții de proiectare, aferentă contractului supus atribuirii.

Pentru faptul că subcontractantul nu este declarat și terț susținător, autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ..... SRL, motivând că, pentru experiența similară cu privire la serviciile de proiectare, nu pot fi luate în considerare contractele subcontractantului.

Relevante în actuala speță sunt următoarele prevederi legale:

- art. 179 din Legea nr. 98/2016:

Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:[…]

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă;

k) precizarea părții/părților din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze; […]

- art. 182 din Legea nr. 98/2016:

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

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității 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 terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

- art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016:

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).

În lumina prevederilor legislative mai sus menționate și a documentelor aflate la dosarul cauzei, în ce privește experiența similară pentru serviciile de proiectare, pusă la dispoziție de ..., Consiliul constată următoarele:

- ..., prin prezentarea experienței sale în proiectare, devine, în înțelesul art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, entitatea pe ale cărei capacități tehnice se bazează ofertantul;
- prin prezentarea acordului de subcontractare, ... are calitatea de terță parte implicată în propunerea tehnică;
- între ofertant și ... (terța parte) există o relație juridică, materializată în acordul de subcontractare, așa cum impune art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;
- ... s-a angajat prin acordul nr. 350/07.02.2016 să desfășoare, efectiv, serviciile în legătură cu care este necesară respectiva calificare (cerința de calificare referitoare la experiența similară), conform art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- ofertantul a inclus în propunerea sa tehnică, pentru partea de proiectare, secțiunea de propunere tehnică pentru activitățile pe care le va realiza ... (servicii de proiectare), ceea ce dovedește că ASTOR va avea acces în orice moment la resursele subcontractantului, conform angajamentului dat de cel din urmă, în acordul de subcontractare (prestarea serviciilor de proiectare), conform art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016;
- din propunerea tehnică pentru servicii de proiectare rezultă modul efectiv prin care ... va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere (materializat în acordul de subcontractare), cum impune conform art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016;
- ..., prin completarea DUAE cu informații privind contractele aferente serviciilor de proiectare, face dovada că e un subcontractant pe care se bazează ofertantul, din punct de vedere al experienței similare, respectând, astfel, prevederile art. 193 alin. (3) teza 2 din Legea nr. 98/2016.

Din cele de mai sus, Consiliul ia act că operatorul economic ... este un subcontractant a cărui capacitate tehnică poate fi luată în considerare, pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară.

Această interpretare își are temeiul în art. 63 *Utilizarea capacităților altor entități*, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE:

(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru

îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.

În acest sens s-a pronunțat Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta:

49 […] *articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:*

- *recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și*
- *nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract.*

Astfel, ofertantul, în dovedirea experienței similare pentru servicii de proiectare, face dovada că se bazează pe capacitatea tehnică a entității subcontractoare.

În concluzie, autoritatea contractantă are obligația să ia în considerarea experiența similară a subcontractantului, nominalizat în contract, întrucât subcontractantul a fost propus pentru partea pentru care a fost solicitată experiența similară.

În ce privește argumentele autorității contractante, formulate în punctul de vedere, referitoare la faptul că nu se respectă condiția din fișa de date a achiziției:

Totodată, prin angajamentul ferm, tertul/tertii se va/vor angaja ca va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publica. Răspunderea solidara a tertului/tertilor susținător/ susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de catre acesta/acestia a obligatiilor de susținere asumate prin angajament,

Consiliul constată că răspunderea solidară derivă din acordul de subcontractare, prin care ... s-a angajat să execute serviciile de proiectare, respectiv să răspundă în limitele asumate prin acest angajament.

Referitor la existența neconcordanței dintre DUAE ofertant, unde ... este declarat subcontractant pe capacitățile căruia nu se bazează ofertantul, și DUAE subcontractant unde acesta a menționat contracte în dovedirea serviciilor similare de proiectare, autoritatea contractantă avea obligația clarificării acesteia, în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

O solicitare în acest sens nu ar fi creat nicio modificare a ofertei și nicio avantajare a ofertantului, întrucât toate informațiile privind dovedirea experienței similare, precum și neîncadrarea în motivele de excludere, sunt deja în posesia autorității contractante, în DUAE-ul prezentat de către ....

Informațiile lipsă din DUAE-ul ofertantului reprezintă, în fapt, o eroare susținută, în mod mod neechivoc, de sensul şi de conţinutul informaţiilor existente în DUAE-ul prezentat de subcontractant.

Astfel s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza C 131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A:

36 […] *o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată.*

37 În orice caz, obligația care poate reveni unei autorități contractante, în temeiul dreptului național, de a le solicita ofertanților să furnizeze declarațiile și documentele necesare pe care nu le au transmis în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau să corecteze aceste declarații și aceste documente în cazul existenței unor erori nu poate fi recunoscută decât în măsura în care completările sau corectările aduse ofertei inițiale nu conduc la modificarea acesteia în mod substanțial.

O respingere a ofertei pentru nedeclararea în DUAE-ul prezentat de ASTOR a entității pe capacitățile căreia se bazează, 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).

Astfel, Consiliu consideră întemeiată critica privind luarea în considere a experienței similare prezentate de ..., în calitatea sa de subcontractant.

În ce privește solicitarea contestatorului de includere a ofertei în categoria celor admisibile, Consiliul o consideră nefondată din următoarele considerente:

În primul rând, aprecierea ofertei ca admisibilă este atributul comisiei de evaluare și nu a organismului administrativ-jurisdicțional. Conform art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

Comisia de evaluare are următoare atribuții:

a) deschiderea ofertelor şi, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/ candidați;

c) realizarea selecției candidaților, dacă este cazul;

d) desfăşurarea dialogului cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv;

e) desfăşurarea negocierilor cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurilor de negociere;

f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum şi, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege;

i) elaborarea solicitărilor de clarificări şi/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare şi/sau ofertelor;

j) stabilirea ofertelor inacceptabile şi/sau neconforme şi a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile […]

În acest sens, Consiliul nu se poate substitui atribuțiilor comisiei de evaluare, rolul său de organism administrativ-jurisdicțional fiind acela de soluționare a contestațiilor cu privire la procedurile de atribuire a contractelor, conform art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și nu de evaluare a ofertelor, inclusiv a aspectelor de inacceptabilitate/ neconformitate susținute de contestator.

În al doilea rând, pentru a fi declarată admisibilă o ofertă, aceasta nu trebuie să fie inacceptabilă, neconformă sau neadecvată, așa cum dispune art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016. La etapa de analiză DUAE, comisia de evaluare poate decide dacă oferta nu este inacceptabilă abia după verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare. O

astfel de decizie asupra ofertei petentului, se poate lua abia după verificarea îndeplinirea tuturor cerințelor de calificare.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația depusă de ..... SRL în contradictoriu cu ....., va obliga autoritatea contractantă la anularea procesului-verbal nr. 1/525/..... și a adresei nr. ...../..... de comunicare a rezultatul etapei de evaluare a DUAE, în partea ce privește oferta depusă de contestator, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei conform celor menționate anterior.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., obligă autoritatea contractantă la anularea procesului-verbal nr. 1/525/....., a adresei nr. ...../..... de comunicare a rezultatul etapei de evaluare a DUAE, precum și a actelor subsecvente și dependente de actele anulate, în partea ce privește oferta depusă de contestator.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, conform celor din motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge ca nefondat capătul de cerere privind includerea ofertei în categoria celor admisibile.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține treisprezece pagini