CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului J15/2208/ 1992, reprezentată de domnul inf. dr. ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare de sisteme de calcul, servere și sisteme de imprimare-multiplicare, loturile 1 și 2, coduri CPV 30213300-8 și 48820000-2, cu data-limită de depunere a ofertelor 24.10....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat ....., care îndeplinește cerințele impuse.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante ..... de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, la 16.11....., prin adresele nr. 35810 și 35811, autoritatea i-a solicitat să transmită DUAE revizuit pentru terțul susținător și să retransmită formularul nr. 3 - angajament terț susținător. La 21.11....., societatea a

prezentat documentele cerute. A prezentat și un contract privind experiența similară, în dovedirea îndeplinirii cerințelor autorității. Autoritatea contractantă a ignorat atât aceste documente, cât și notificarea prealabilă, declarând oferta inacceptabilă, deși ea răspunde inclusiv dispozițiilor art. 113 din Legea nr. 98/2016:

- alin. (1): *autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura simplificată în condițiile prevăzute la art. 7 alin. (2)*;

- alin. (11) lit. c): *experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b)*;

- alin 12: *în cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c)*.

S-a făcut dovada în cauză că terțul ...susține doar 50% din cerința stabilită de autoritate, iar pentru diferența de 50% experiența similară este demonstrată prin contractul nr. 31/ 15.04.2015 și procesul-verbal de recepție nr. 16221/10.11.2015.

Reclamanta solicită proba cu expertiză tehnică de specialitate, cu următorul obiectiv: expertul să analizeze oferta sa împreună cu documentele depuse la solicitarea autorității contractante și dacă oferta răspunde cerințelor caietului de sarcini și a textelor de lege invocate în prezenta contestație.

În punctul său de vedere nr. 38282/Dos.III/A/b/12.12..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 53085/12.12....., autoritatea contractantă susține în apărare că, în fișa de date a achiziției, pct. III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, a solicitat:

Condiția minimă pentru demonstrarea experienței similare se consideră:

Lot 1: Achiziție sisteme de calcul

Ofertantul va face dovada că în ultimii trei ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor a livrat și recepționat produse similare, în valoare cumulată de cel puțin: 90.000 lei, fără TVA. Prin produse similare se înțelege sisteme de calcul (componente hardware dispozitive și/sau componente software-sistem de operare și programe specializate).

Lot 2: Achiziție servere

Ofertantul va face dovada că în ultimii trei ani raportați la termenul limita de depunere a ofertelor a livrat și recepționat produse similare, în valoare cumulată de cel puțin: 130.000 lei, fără TVA. Prin produse similare se înțelege echipament de tip server (livrare și/sau configurare/asamblare/instalare server).

Modalitatea de îndeplinire

Completare DUAE de către ofertant **și separat** de subcontractanți/terț susținător la partea IV Criteriile de selecție litera C Capacitatea tehnică și profesională subpunctul pentru contractele de achiziție de furnizare: executarea de livrări de tipul specificat.

Trebuie precizate următoarele informații, după caz:

La rubrica Descriere: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, calitatea (unic ofertant, asociat etc.), ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil împreună cu valoarea acestora, lei fără TVA; valoarea produselor similare, lei fără TVA, data și numărul documentului de recepție.

La rubrica valoare: valoarea lei, fără TVA

La rubrica Monedă: lei. Echivalența pentru sume exprimate în altă valută se va face la cursul mediu anual leu/valută comunicat de BNR.

La rubrica Dată: dată începere și dată încheiere contract;

La rubrica Beneficiari: denumire completă a beneficiarului contractului și date de contact telefon, mail.

În cadrul ofertei, contestatoarea a postat DUAE pentru ea și pentru terțul susținător SC ...SRL. Comisia de evaluare a constatat că ofertantul a completat propriul DUAE după cum urmează:

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, paragraf A: Informații privind operatorul economic - participă la procedura de achiziții publice împreună cu SC ...SRL, terț susținător;

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, Paragraf C: Informații privind utilizarea capacităților altor entități - bifează „da”;

Partea IV: Criteriile de selecție, punctul C: Capacitatea tehnică și profesională - Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat, a menționat doar la secțiunea Descriere „Conform formular 3”.

Formularul 3 este angajament privind susținerea tehnică - resurse netransferabile - experiența similară a ofertantului din partea SC ...SRL, formular care face parte din documentele care însoțesc oferta. În acest formular este menționat contractul prezentat în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară din partea SC ...SRL: „Furnizare PC tip desktop”, beneficiar: …, valoare: 99.536,80 lei, fără TVA. Perioada de derulare a contractului: 01.08.....-01.08.2019.

Comisia a procedat la verificarea DUAE depus de SC ...SRL și a constatat că terțul susținător a completat DUAE după cum urmează:

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, paragraf A: Informații privind operatorul economic: participă la procedura de achiziții publice ca terț susținător al SC ..... SRL.

Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, Paragraf C: Informații privind utilizarea capacităților altor entități - bifează „nu”.

Partea IV: Criteriile de selecție, punctul C: Capacitatea tehnică și profesională - Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat: Furnizare PC tip desktop. Valoare: 99.536,80 lei. Data de începere: 01-08-..... Data de încheiere: 01-08-2019. Beneficiari: ….

Comisa de evaluare a constatat ca ofertantul nu a completat DUAE cu experiența similară proprie, întreaga experiența similară prezentată fiind a terțului susținător, aspect în contradicție cu prevederile art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016, care statuează că operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terți pentru maximum 50% din cerința de experiența similară.

Comisia a solicitat clarificări ofertantului, iar acesta a transmis propriul DUAE revizuit, în care a menționat și contractul nr. 31/15.04.2015 - „Achiziția de echipamente și servicii de implementare a sistemului informatic integrat (inclusiv servicii de instruire) în cadrul proiectului Sistem informatic pentru gestionarea registrului agricol electronic în județul Arad SMIS 48375.”

Comisia nu a solicitat ofertantului transmiterea DUAE revizuit, ci doar să clarifice cum îndeplinește cerința prevăzută la art. 113 alin. (12) din Legea 98/2016, în condițiile în care în propriul DUAE nu a invocat propria experiența similară, ci doar susținerea terțului.

Având în vedere art. 209 din Legea nr. 98/2016, comisia a considerat răspunsul neconcludent, DUAE depus ulterior fiind diferit de cel depus inițial. Acceptarea răspunsului la clarificări duce la nerespectarea tratamentului egal. Experiența similară proprie trebuia înscrisă în DUAE până la data-limită de depunere a ofertelor, iar nu ca urmare a solicitării de clarificări. Ofertantul și-a produs un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Comisia nu a solicitat ofertantului transmiterea de DUAE revizuit în care să-și completeze propria experiența similară, ci doar să clarifice modul în care acesta consideră că îndeplinește cerința de experiență similară, față de prevederile art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016. Completarea ulterioară a DUAE cu propria experiență similară nu este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant, fiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți.

Comisia de evaluare a declarat oferta inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din normele anexă la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și respinsă în baza art. 137 alin. (1) din aceleași norme.

Pentru lotul 2, situația este similară.

Față de cele menționate, autoritatea solicită Consiliului să respingă contestația și să mențină rezultatul comunicat ofertantului.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare simplificat nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de sisteme de calcul (lotul 1), servere (lotul 2) și sisteme de imprimare și multiplicare documente (lotul 3), estimate valoric la 323.507 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură, s-au prezentat mai mulți operatori economici, între care și SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât nu a nominalizat în DUAE inițial propria experiență similară, iar terțul susținător nu poate contribui integral la îndeplinirea cerinței privind experiența, ci doar cu 50%. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. 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 concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica

respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării preliminare a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. 36666/Dos.III/A/b/ 24.11....., ... comunicat competitorilor în aceeași zi. La 27.11....., SC ..... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului la loturile 1 și 2, prin notificarea prealabilă nr. 574/27.11....., iar ..... i-a răspuns cu adresa nr. 37034/Dos.III/A/b/29.11....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritate, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

În acțiunea introductivă, reclamanta nu afirmă și nici nu demonstrează că a completat vreo experiență similară proprie în DUAE care îi aparține, depus până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor (filele 347-360 din volumul I, pentru lotul 1, și filele 261-274 din volumul I, pentru lotul 2). Art. 60 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statornicește expres că operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE în format electronic şi numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare, deci nu după acest moment. Este indicat în DUAE terțul susținător SC ...SRL, terț care a completat, în propriile DUAE datate 23.10....., contractele de furnizare pe care le valorifică drept experiență similară, în favoarea ofertantului SC ..... SRL.

O primă concluzie este că reclamanta nu a indicat nicio experiență similară proprie în DUAE care îi aparțin, asumate la 23.10....., și care, în final, cuprind mențiunea: „Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false.”

În mod judicios, unitatea administrativ-teritorială ..... a cerut explicații ofertantului, cu adresele 35809, 35810 și 35809 Dos.III/A/b/16.11....., după cum urmează: „1. Cum îndepliniţi cerinţa prevăzută la art. 113 alin. 12 din Legea 98/2016 conform careia operatorul economic poate sa invoce susţinerea unui/unor terti pentru maximum 50% din cerinţa de experienţa similara, respectiv [...].000 lei fără T.V.A, in condiţiile în care in propriul DUAE nu ati invocat propria experienţa similara, ci doar susţinerea tertului.” Din acest pasaj reprodus fidel se observă lesne că organizatoarea achiziției nu a cerut SC ..... SRL să depună un nou DUAE propriu ori să îl revizuiască pe cel anterior, ci doar să explice cum îndeplinește cerința, în contextul amintit.

SC ..... SRL nu doar că nu a transmis un răspuns cu explicația cerută, ci, din proprie inițiativă, a furnizat autorității un alt DUAE propriu, datat 21.11.2107, care diferă de primul. În acest nou DUAE, necerut de nimeni și depus după data şi ora-limită de depunere a ofertelor [contrar art. 60 alin. (1) precitat], societatea a completat rubrica de experiență similară cu anumite contracte, respectiv aduce modificări nepermise conţinutului DUAE inițial, cel mai probabil, cu scopul avantajării ofertantului în obţinerea contractului pentru cele trei loturi.

Prin manopera aducerii ulterioare a declarației în discuție, fără să îi fi fost cerută de autoritate, ofertantul încearcă să îşi creeze un avantaj nepermis faţă de ceilalţi ofertanţi, respectiv să completeze DUAE cu anumite contracte de experiență similară, comportament

sancţionat atât de principiul tratamentului egal între ofertanţi, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cât şi de prevederile art. 209 alin. (2) din acelaşi act normativ (*„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*.").

SC ..... SRL nu putea aduce un DUAE care să îl contrazică pe precedentul, unde nu figurează cu nicio experiență similară proprie. Numai cu încălcarea art. 209 alin. (2) precitat, autoritatea ar putea lua în calcul declarația ulterioară, creându-i astfel societăţii un avantaj competitiv faţă de ceilalţi operatori economici participanţi la procedură. Eventuala admitere a ei conduce în mod clar la distorsionarea concurenţei între operatorii economici ofertanţi, întrucât SC ..... SRL ar ajunge să fie calificată pe baza unui document produs și relevat ulterior datei-limită de prezentare a ofertei. După cum s-a spus mai sus, principiul egalităţii de tratament între ofertanţi, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurenţe corecte şi efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziţii publice, impune ca toţi ofertanţii să dispună de aceleaşi şanse în elaborarea ofertelor lor şi presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse aceloraşi condiţii pentru toţi ofertanţii (în acest sens Hotărârea Curţii Europene de Justiţie din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, punctul 34, şi Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau şi alţii, C-470/99, punctul 93).

În cauză, raționamentul autorității este logic și întemeiat: SC ..... SRL nu a indicat o experiență similară proprie, iar experiența similară provenită de la terțul susținător SC ...SRL nu putea să acopere 100% din cerința de calificare, raportat la dispozițiile imperative ale art. 113 alin. (12) din Legea 98/2016.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta reclamantei, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea procesului-verbal prin care a fost stabilit rezultatul evaluării ofertei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC Advanced Tehnology Systems SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC … SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.