CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, lider al Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL, cu sediul ales la ....., București, Str. Dr. Grigore Romniceanu, Nr. 3C, Sector 5, înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin domnul Faur Bogdan loan-administrator, și convențional prin ....., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 67591/12.10....., emisă de către ....., cu sediul în ..... , ..., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233140-2; 45232130-2; 45233161-5, s-a solicitat:

- Anularea adresei nr. 67591 din 12.10..... (ANEXA NR. 1) privind comunicarea rezultatului parțial aferent etapei de evaluare DUAE;
- Anularea deciziei autorității contractante prin care oferta Asocierii ..... SRL - ..... SRL a fost declarată inacceptabilă, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;

-Reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertei depusă de Asocierea ..... SRL - MIRANDA CONSTRUCT SRL.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., SC ..... SRL susține că autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..... din data de ....., precum și întreaga documentație de atribuire aferentă procedurii de

achiziție „licitație deschisă” organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect lucrări de reabilitare a unui număr de 55 de străzi de pe raza municipiului .....

În cadrul procedurii, SC ..... SRL a depus oferta în conformitate cu prevederile obligatorii ale documentației de atribuire, iar în cuprinsul acesteia a fost încărcat în SEAP și formularul DUAE generat de autoritatea contractantă, prin care a arătat autorității contractante îndeplinirea cerințelor de calificare stabilite prin fișa de date a achiziției.

Ulterior datei de depunere a ofertelor, având unele neclarități cu privire la conținutul formularului DUAE, prin adresa din 28.09..... (anexa nr. 2) autoritatea a cerut contestatorului să prezinte un DUAE revizuit, inclusiv de către asociatul SC ..... SRL, în cuprinsul căruia să remedieze neconcordanța legată de înscrierea societăților într-unul dintre registrele profesionale sau comerciale relevante, precum și cea privind cerința de calificare legată de utilaje.

Prin adresa nr. 2025/03.10....., (anexa nr. 3) contestatorul atașează DUAE revizuit din partea membrilor asocierii, și informații cu privire la utilajele de care dispune în vederea executării corespunzătoare a lucrărilor care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, informații ce se regăsesc și în propunerea financiară.

Cu toate acestea, prin adresa a cărei anulare o solicită, contestatorul a fost informat că oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. (b) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că nu a îndeplinit cerința privind utilajele.

În aceste condiții a formulat notificare prealabilă (anexa nr. 4) în temeiul prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, notificarea față de care autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 69700 din 19.10..... (anexa nr. 5) prin care informează contestatorul că nu va dispune măsurile de remediere solicitate.

Astfel, contestatorul apreciază ca fiind nelegală și netemeinică decizia autorității contractante, fiind emisă cu încălcarea prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, a principiului proporționalității, precum și fără a se ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire, respectiv de răspunsul la solicitarea de clarificări.

Documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește utilajele, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a stabilit ca ofertanții să prezinte informații privind deținerea unui anumit număr sau a anumitor utilaje, fiecare participant la procedură având obligația de a completa DUAE Partea IV: Criterii de selecție - C: capacitatea tehnică și profesională - punctul 9) cu informațiile aferente situației lor.

Astfel, contestatorul susține că a precizat în DUAE că îndeplinește cerința privind utilajele, potrivit extrasului de resurse din propunerea financiară și, mai mult, la solicitarea autorității contractante depune un DUAE revizuit în cuprinsul căruia evidențiază categoriile de utilaje de care dispune pentru a putea executa în mod corespunzător lucrările aferente procedurii de atribuire.

Prin adresa de comunicare a rezultatului parțial aferent etapei de evaluare DUAE, este informat că nu îndeplinește cerința de calificare privind utilajele, fără ca autoritatea contractantă vă precizeze motivele concrete pentru care utilajele prezentate în DUAE revizuit, și care se regăsesc inclusiv în cuprinsul propunerii financiare, nu pot face dovada executării lucrărilor aferente contractului, încălcând prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul afirmă că motivarea actului administrativ, justificarea rațiunilor de fapt și de drept care au stat la baza emiterii acestuia, reprezintă o garanție a respectării legii și a ocrotirii drepturilor individuale, iar lipsa acestor elemente se sancționează cu nulitatea absolută a actului administrativ.

În susținerea acestor afirmații contestatorul invocă art. 31 alin. (2) din Constituția României.

Astfel, motivarea actului administrativ reprezintă o obligație care constituie o garanție împotriva arbitrariului în conduita administrației publice, menită, pe de o parte, să permită destinatarilor unei decizii administrative să-i cunoască și să-i evalueze temeiurile și efectele și, pe de alta parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate, o motivare insuficientă sau greșită echivalând cu lipsa motivării.

În conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, legislația achizițiilor publice este guvernată de principiul proporționalității, orice măsură de excludere ar trebuie fundamentată în mod corespunzător și întemeiată pe motive concrete de respingere.

Ca expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie 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), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor

celorlalți competitori și menținerea în cursă a unui singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

În cauză, trebuie avut în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă.

Drept urmare, DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic, potrivit căreia acesta nu se afla într-una dintre situațiile de excludere prevăzute de legislația națională și îndeplinește criteriile de calificare și selecție precizate de autoritatea/entitatea contractantă la nivelul fișei de date a achiziției precum și, după caz, respectă regulile și criteriile obiective care au fost stabilite în scopul limitării numărului de candidați calificați care urmează să fie invitați să participe în cadrul procedurilor de atribuire care se derulează în mai multe etape.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a stabilit prin documentația de atribuire cerințe concrete privind utilajele, rămâne la latitudinea fiecărui ofertant să stabilească echipamentele necesare executării lucrărilor, urmând ca, în măsura în care comisia de evaluare le consideră insuficiente, să motiveze în concret acest aspect.

Raportat la cele de mai sus, potrivit jurisprudenței în materie, autoritatea contractantă are obligația de a analiza conformitatea ofertelor prezentate raportat numai la cerințele fișei de date și să le evalueze exclusiv pe baza cerințelor prevăzute în fișa de date, fără a introduce elemente noi de apreciere, iar aceasta, întrucât nu se poate imputa ofertanților, în faza de verificare a conformității ofertelor, nerespectarea unor cerințe ce nu au fost aduse la cunoștință publică, în acest sens statuând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 care instituie în sarcina autorității contractante obligația de a elabora documentația de atribuire astfel încât să conțină toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

Or, dat fiind că prin DUAE fiecare ofertant face dovada provizorie a îndeplinirii cerințelor de calificare, o eventuală decizia de respingere a ofertei pe motiv că nu a îndeplinit cerința privind utilajele poate fi luată fie în cazul în care în fișa de date autoritatea contractantă stabilește cerințe concrete referitoare la felul și numărul acestora (ceea ce nu este cazul), fie atunci când utilajele pe care le-a enumerat nu sunt suficiente (iarăși nu este cazul, toate utilajele prezentate acoperind toate categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului).

Cum contestatorul nu se află în niciuna dintre situațiile enunțate mai sus, în baza rolului activ ce revine autorității în procesul de evaluare a ofertelor, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectului în cauză.

Contestatorul invocă practica CNSC și jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, potrivit căreia *„[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă si este aparent ușor de rezolvat în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o oferta în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri*".

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, atunci când a reținut că nu a îndeplinit cerința privind utilajele, cu toate că acestea au fost prezentat atât în extrasul privind resursele din propunerea financiară, cât și în DUAE revizuit în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate a autorității față de ofertantul în cauză.

Potrivit contestatorului, pentru a evita luarea unei decizii disproporționale cu scopul urmărit, autoritatea avea posibilitatea aplicării dispozițiilor art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit celor arătate de autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă, prin solicitarea de clarificări comisia de evaluare nu a solicitat prezentarea unui DUAE revizuit, iar contestatorul nu ar fi indicat documentul accesibil din care să rezulte îndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele.

O astfel de afirmație este contrazisă de chiar conținutul documentelor prezente la dosarul achiziției, respectiv solicitarea de clarificări unde, în partea finală, se menționează că *„(...) în lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și oferta dumneavoastră va fi considerată inacceptabilă”,* precum și DUAE depus inițial, din cuprinsul căruia rezultă că îndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele a fost este dovedită cu extrasele de resurse din oferta financiară, document accesibil autorității contractante.

Drept urmare, susține contestatorul, dat fiind că DUAE reprezintă o declarație pe proprie răspundere în temeiul căreia este făcută dovada provizorie a îndeplinirii cerințelor minime de calificare, comisia de evaluarea avea posibilitatea de a trece la verificarea propunerii tehnice, iar ulterior a propunerii financiare, astfel că, în situația în care în

cuprinsul acesteia din urmă nu se regăseau informații referitoare la utilaje să dispună respingerea ofertei contestatorului ca inacceptabilă.

Pentru aceleași considerente nu pot fi primite argumentele autorității contractante potrivit cărora în ceea ce privește utilajele, informațiile din DUAE depus inițial nu sunt susținute de alte documente accesibile la momentul solicitării de clarificări, în condițiile în care ..... avea acces la propunerea financiară depusă de contestator.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, prin răspunsul la notificarea prealabilă, comisia de evaluare nu ar fi creat vreun avantaj în situația în care aprecia ca fiind elocvent răspunsul la solicitarea de clarificări, întrucât avea posibilitatea de a dispune respingerea ofertei contestatorului în cazul în care informațiile din propunerea financiare nu se completau în mod corespunzător cu cele din DUAE.

În același sens, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a solicitat contestatorului documentele justificative privind utilajele, în mod eronat a decis că asocierea nu a îndeplinit cerința de calificare în discuție. Dat fiind caracterul DUAE de declarație pe proprie răspundere, raportat inclusiv la conținutul fișei de date a achiziție în cuprinsul căreia nu au fost solicitate anumite categorii de utilaje, numai după solicitarea documentelor justificative se poate aprecia dacă cerința este îndeplinită sau nu.

În vederea soluționării contestației depuse, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 45280/.....-...../26.10....., să transmită dosarul achiziției publice, inclusiv DUAE contestator și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării adresei, sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Prin adresa cu nr. 72397/31.10....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../31.10..... respectiv ...../02.10....., autoritatea contractantă s-a conformat solicitării de mai sus.

Referitor la capetele de cerere invocate în contestație, autoritatea solicită CNSC să o respingă ca nefondată.

Procedura de achiziție adoptată de autoritatea contractantă este licitație deschisă online, motiv pentru care orice comunicare între ofertanți și autoritatea contractantă se desfășoară prin intermediul platformei SEAP, singura excepție fiind situația în care acest lucru nu este posibil din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, caz care trebuie probat.

Potrivit autorității contractante, deși nu au fost respectate prevederile legislative privind modalitatea de comunicare, ... a luat în considerare notificarea prealabilă și contestația transmisă de către .....

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în data de ..... a fost publicat anunțul de participare nr. ..... și documentația aferentă

licitației deschise având ca obiect „.....”. Autoritatea menționează că niciun operator economic nu a solicitat clarificări privind modul de completare în DUAE al cerințelor de calificare indicate în fișa de date. Singura solicitare de clarificare care a avut ca subiect DUAE face referire la partea a IV - a secțiunea B5 privind asigurarea de risc profesional.

În data de 19.09....., ..., a procedat la inventarierea documentelor încărcate de ofertanți pe platforma SEAP. La procedură s-au înscris un număr de nouă operatori economici, dintre care doar șapte au depus oferte, printre care și Asocierea SC ..... SRL – SC MIRADA CONSTRUCT SRL. Comisia de evaluare s-a întrunit pentru evaluarea declarațiilor DUAE depuse de ofertanți iar constatările acesteia au fost consemnate în procese verbale intermediare.

În urma primei verificări a modului de completare a declarației DUAE depusă de liderul de asociere SC ..... SRL, în data de 28.09....., au fost precizate două aspecte care necesitau clarificări: unul referitor la DUAE-urile asociaților, respectiv partea IV - litera A - punct 1) „Este înscris într-unul dintre registrele profesionale sau comerciale relevante” și al doilea aspect referitor la o cerință de calificare pentru care s-a solicitat indicarea documentului, din cadrul documentației deja depuse la prezenta procedură de achiziție, din care comisia de evaluare poate să constate în acest moment al evaluării, îndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele. Din cuprinsul adresei de clarificare rezultă clar și fără ambiguități faptul că pentru al doilea capăt de cerere a fost solicitată indicarea unui document deja depus și nu revizuirea secțiunii din DUAE aferente utilajelor așa cum pretinde contestatorul.

Răspunsul a fost transmis în termen, prin postare în SEAP în care ofertantul clarifică primul punct, referitor la înscrierea în Registrul Comerțului iar cu privire la al doilea punct respectiv utilajele, după cum rezultă din cuprinsul fișei de date a achiziției, declară că datorită faptului că autoritatea contractanta nu a stabilit ca ofertanții să prezinte informații privind deținerea unui anumit număr sau a anumitor utilaje, contestatorul a declarat că deține toate utilajele necesare, și va depune un DUAE revizuit. Acest lucru a fost consemnat de autoritatea contractantă.

Referitor la criteriile de selecție din secțiune a IV-a, autoritatea nu a solicitat prezentarea unui DUAE revizuit ci doar indicarea documentului, din cadrul documentației deja depuse la prezenta procedură de achiziție și accesibil comisiei de evaluare în această etapă a evaluării ofertelor, în acel moment al evaluării, contestatorul transmițând un DUAE revizuit.

În notificarea prealabilă reprezentanții ofertantului și-au exprimat nedumerirea legată de faptul că membrii comisiei de evaluare nu au considerat utilajele enumerate în secțiunea a IV-a: Criterii de selecție -

C: capacitatea tehnică și profesională - punctul 9 din DUAE-ul revizuit ca fiind suficiente pentru derularea lucrărilor.

Pentru stabilirea admisibilității secțiunii menționate, comisia de evaluare s-a raportat la notificarea privind utilizarea DUAE, aceeași notificare care a fost indicată și în solicitarea de clarificare.

Datorită faptului că, în ceea ce privește utilajele, informațiile nu sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a altor documente accesibile în acest moment al evaluării, autoritatea contractantă a constatat existența unei inadvertențe de fond, care reprezintă motiv de respingere, fără posibilitatea de a solicita clarificări, conform notificării Agenției Naționale Pentru Achiziții Publice privind utilizarea DUAE (http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf)

Astfel, autoritatea contractantă constată faptul că secțiunea a IV-a: Criterii de selecție - C: CAPACITATEA TEHNICA SI PROFESIONALA - punctul 9 din DUAE-ului revizuit nu este admisibilă**.**

Ca urmare a stabilirii inadmisibilității secțiunii menționate, autoritatea contractantă a analizat răspunsul completat de ofertant în DUAE inițial.

După cum a admis și contestatorul, autoritatea contractantă nu a stabilit ca ofertanții să prezinte informații privind deținerea unui anumit număr sau a anumitor utilaje, cerința fiind doar de prezentare a unei liste cu utilajele considerate necesare și disponibile de fiecare ofertant în parte.

Cerința de calificare conform fișei de date impunea o enumerare a utilajelor, instalațiilor și echipamentelor de care fiecare ofertant dispune și pe care le poate utiliza pentru a îndeplini contractul de lucrări. Modalitatea de îndeplinire a cerinței așa cum este înscrisă în fișa de date permitea ofertanților să completeze secțiunea din DUAE prin enumerarea concretă a utilajelor, instalațiilor și echipamentelor aflate la dispoziția fiecăruia, ofertanții nefiind constrânși să dispună de un anumit număr sau de anumite utilaje - așa cum bine a fost punctat în răspunsul contestatarei. Mai mult, modul de formulare al punctului 9, partea a IV-a secțiunea C din DUAE, genera necesitatea unui răspuns de formă enumerativă. Astfel, prin completarea în DUAE ca modalitate de îndeplinire a cerinței privind utilajele, nu a fost indicat nici un utilaj, echipament sau instalație, ci s-a făcut trimitere la oferta financiară, document inaccesibil în acest moment autorității contractante.

Foarte corect a fost punctată forța probatorie a prevederilor documentației de atribuire (inclusiv fișa de date) pentru toți operatorii economici, autoritatea contractantă punând accentul pe cuvântul „toți”. Astfel, în timp ce alți ofertanți au completat corect modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare, contestatorul a optat pentru o referință circulară, respectiv indicarea unui document inaccesibil în acest moment comisiei de evaluare.

Acceptarea ca fiind îndeplinită de asocierea SC ..... SRL - ..... SRL a cerinței de calificare privind utilajele, pentru care e necesară completarea într-un anumit mod al DUAE, (mod de completare nerespectat inițial dar recunoscut în final și de contestator, prin transmiterea DUAE-ului revizuit în care prezintă enumerarea de utilaje) reprezintă o încălcare a principiilor tratamentului egal și nediscriminatoriu statuat de Legea 98/2016, art. 2 alin.(2) și art. 49 în condițiile în care ceilalți ofertanți au înțeles să completeze în mod corect, conform cerințelor autorității contractante, potrivit Legii 98/2016, art. 193, alin. (1), lit. b) modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare în discuție.

Autoritatea contractantă a aplicat prevederile Legea nr. 98/2016, din art. 209 alin. (1), în coroborare cu alin. (2) al aceluiași articol necreând vreun avantaj contestatorului, prin calificarea la etapa următoare de evaluare, în final existând chiar posibilitatea de a fi declarat câștigător.

În ceea ce privește aprecierea contestatorului ca fiind nelegală și netemeinică decizia autorității contractante, fiind emisă cu încălcarea prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea precizează că au fost respectate prevederile din Legea nr. 98/2016, art. 215 alin. (2) lit. b). În cuprinsul comunicării parțiale de rezultat nr. 67591/12.10....., autoritatea a transmis contestatorului decizia de respingere a ofertei ca fiind inacceptabilă în temeiul art. 137 alin.(2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și motivul, respectiv neîndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele.

Autoritatea contractantă a ținut cont de răspunsul la clarificare și a analizat admisibilitatea revizuirii secțiunii a IV-a: Criterii de selecție - C: capacitatea tehnică și profesională - punctul 9 din DUAE-ul revizuit.

Autoritatea invocă practica judiciară, respectiv decizia 1580 a Înaltei Curți de Casație din 11.04.2008 și susține că nu a acționat sub imperiul puterii discreționare, așa cum este a fost indicat în contestație ci, din contră, a acționat cu respectarea legislației în domeniul achizițiilor publice și a principiilor statuate în preambulul Legii nr. 98/2016.

În opinia autorității contractante, contestatorul a ales să invoce din jurisprudență doar paragrafele care să pună în lumină favorabilă acțiunile sale, încercând să demonstreze faptul că autoritatea contractantă i-a încălcat drepturile fundamentale, fără a aduce în discuție încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale ale celorlalți participanți la procedură.

Autoritatea contractantă nu consideră că în decizia de respingere a ofertei ca inacceptabilă, a făcut uz de putere în mod discreționar (abuziv și fără limite), deoarece a respectat toate prevederile din Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016 și notificările ANAP.

Conform jurisprudenței în materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă consideră că are datoria de a exercita un anumit grad de

diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. Astfel, în cazul de față autoritatea a luat în considerare cele declarate în DUAE, nicidecum alte aspecte, în afara celor care au făcut obiectul documentelor depuse inițial de ofertant.

Cea de-a doua parte a afirmației, respectiv neexercitarea puterii de a solicita clarificări este contrazisă prin însăși contestația depusă în preambulul căreia este indicat faptul că DUAE-ul revizuit a fost depus ca urmare a unei solicitări de clarificare. Nemulțumirea contestatorului privitor la decizia comisiei de evaluare, pe care o apreciază ca fiind discriminatorie și luată sub imperiul puterii discreționare, nu semnifică implicit și faptul că ar fi afectată de o eroare vădită de apreciere.

Prin notificarea prealabilă, a fost contestată, printre altele, și neprezentarea, în adresa de comunicare parțială de rezultat a raționamentului autorității contractante în susținerea deciziei luate. Conform prevederilor din Legea 98/2016, art. 215 în luarea unei decizii trebuie prezentate doar motive concrete care au stat la baza luării deciziei.

Autoritatea consideră că mențiunea contestatorului *„fără prezentarea motivelor concrete*" este o afirmație fără temei deoarece comunicarea parțială a rezultatului îndeplinește prevederile art. 215, alin. (2) lit. (b) din Legea nr. 98/2016. Actul administrativ este justificat atât în drept potrivit art. 137 alin. (2) lit. (b) din HG nr. 395/2016, cât și în fapt - neîndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele.

Astfel, având în vedere că întregul proces decizional este consemnat în procesul verbal intermediar de evaluare întocmit de autoritate și redat în parte în răspunsul la notificarea prealabilă, consideră că nu este lovită de nulitate comunicarea parțială de rezultat, atacată prin contestație.

Astfel contestatorul admite în notificarea prealabilă că DUAE este o declarație pe proprie răspundere care privește modul concret în care va îndeplini o cerință de calificare, urmând ca în etapa finală de evaluare a îndeplinirii DUAE (în situația în care este clasat pe primul loc) să prezinte documentele justificative care probează declarațiile din DUAE.

Faptul că oferta financiară nu este un document accesibil autorității contractante în această etapă de evaluare este admis de către contestator în afirmația *„(...) comisia de evaluarea avea posibilitatea de a trece la verificarea propunerii tehnice, iar ulterior a propunerii financiare, astfel că în situația în care în cuprinsul acesteia din urmă nu se regăseau informații referitoare la utilaje să dispună respingerea ofertei noastre ca inacceptabilă"* chiar dacă cu un alineat mai sus susține faptul că extrasul de resurse din oferta financiară este un document accesibil autorității contractante.

Astfel, chiar dacă din punct de vedere legal ar fi posibilă o revenire asupra deciziei de admisibilitate a DUAE (ceea ce nu este cazul), din punct de vedere tehnic acest lucru nu este posibil. Evaluarea ofertelor se

face în conformitate cu HG nr. 395/20106 art. 65 din HG 395/20106 și se finalizează în SEAP prin acordarea de „+” ofertelor calificate și „-” ofertelor respinse. Procedura aplicându-se pentru fiecare etapă în parte, respectiv: evaluare DUAE, propunere tehnică, propunere financiară și îndeplinire DUAE. Pentru ofertele calificate după primele două etape se trece la decriptarea propunerii financiare. După decriptarea ofertei financiare, SEAP nu permite revenirea la etapa de evaluare DUAE ci doar trecerea la etapa de îndeplinire DUAE - complet diferită de etapa de evaluare DUAE.

În ceea ce privește utilajele, dacă modalitatea de îndeplinire este *„conform extraselor de resurse din oferta financiară”*, rezultă faptul că documentele justificative care probează îndeplinirea cerinței de calificare sunt însăși extrasele de materiale, în eventualitatea în care acestea există, fapt ce nu poate fi determinat în acest moment, probează doar necesitatea utilizării unor utilaje nu și faptul că ofertantul dispune de acestea.

Având în vedere cele expuse mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația depusă de SC ..... SRL - SC MIRADA CONSTRUCT SRL.

Prin adresa nr. 426/07.11..... înregistrată la Consiliu sub nr. 47332/07.11..... contestatorul argumentează criticile sale aduse rezultatului parțial aferent etapei de evaluare DUAE.

Astfel, în opinia contestatorului rezultatul parțial aferent etapei de evaluare DUAE, a fost emis cu încălcarea prevederilor din Legea nr. 98/2016, art. 215 alin (2), a încălcării principiului proporționalității, precum și fără a se ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire, respectiv de răspunsul său la solicitarea de clarificări

Autoritatea contractantă arată prin punctul său de vedere, că ofertantul contestator nu a putut face dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind utilajele, iar la momentul evaluării DUAE contestatorul nu a indicat documentul accesibil din care să rezulte îndeplinirea respectivei cerințe.

Astfel, contestatorul reiterează următoarele:

- în documentația de atribuire nu au existat cerințe de calificare privind deținerea anumitor utilaje care să fie precizate în DUAE;
- în eventualitatea în care contestatorul ar fi precizat în DUAE depus inițial, în formă enunțiativă, utilajele de care dispune pentru executarea lucrărilor, admisibilitatea ofertei ar fi fost stabilită în mod exclusiv ca urmare a depunerii documentelor în susținerea DUAE, în condițiile în care formularul în cauză reprezenta doar o declarație pe proprie răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare;
- referitor la utilajele necesare derulării lucrărilor prevăzute în propunerea financiare, în niciun caz acceptarea unui DUAE revizuit

nu ar fi condus la încălcarea principiilor legislației în domeniul achizițiilor publice;

- contrar celor menționate în punctul de vedere la contestația, autoritatea contractantă putea dispune admisibilitatea provizorie a ofertei contestatorului, iar în cazul în care din extrasul de resurse din propunerea financiară nu rezultă îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la utilaje putea face aplicabilitatea prevederilor HG nr. 395/2016, art. 137, cu consecința respingerii ofertei ca inacceptabilă;

Astfel contestatorul invocă practica judiciară în materia achizițiilor publice, astfel că autoritatea contractantă ar trebui să-și exercite în mod corect rolul activ și să analizeze oferta în ansamblul său, ca un tot unitar și sistematic, iar nu pe bucăți.

Prin adresa nr. 76241/14.11..... înregistrată la Consiliu în data de 14.11..... ..... depune concluzii scrise.

Astfel, autoritatea contractantă susține potrivit art. 60, alin. (2) din HG nr. 395/2016 obligativitatea ofertanților de a cripta oferta financiară în SEAP, accesarea informațiilor cuprinse în oferta financiară
făcându-se după decriptare. Astfel autoritatea contractantă susține importanța DUAE și modul de completare al acestuia, considerând completarea acestuia ca fiind doar o formalitate fără conținut reprezintă o încălcare a prevederilor Legii nr. 98/2016, conform art. 193.

În opinia autorității contractante, susținerea contestatorului referitor la utilajele necesare derulările lucrărilor care ar fi fost prinse în oferta financiara și că acceptarea unui DUAE revizuit nu ar fi condus la încălcarea legislației, propunerea financiară probează doar necesitatea utilizării unor utilaje nu și faptul că contestatorul ar dispune de acestea. Referitor la mențiunea contestatorului conform căruia măsura de respingere a unei oferte pentru faptul că la momentul dorit din DUAE nu rezultă utilajele necesare executării lucrărilor, este disproporționată, autoritatea contractantă specifică că stabilirea succesiunii pașilor de urmat în procesul de evaluare a ofertelor este stabilit prin HG nr. 395/2016, art. 127.

Autoritatea contractantă susține că nu putea să verifice îndeplinirea criteriilor de calificare înainte de deschiderea ofertelor sau să stabilească oferta câștigătoare înainte de evaluarea propunerilor tehnice, etapele evaluării fiind impuse de legislația în vigoare.

Potrivit afirmațiilor de mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația.

Față de concluziile scrise ale autorității contractante SC ..... SRL depune note scrise înregistrate la Consiliu sub nr. 48609/15.11.....

Astfel, contestatorul declară că nu a subevaluat importanța DUAE, prin apărările susținute în fața Consiliului dorind să scoată în evidență faptul că, potrivit Legii nr. 98/2016, art. 193, alin. (1), lit. c) depunerea DUAE se realizează cu scopul de a face dovada preliminară în locul

certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de terți ce confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare.

Contestatorul își menține părerea din contestație conform căreia chiar dacă ar fi precizat în DUAE utilajele necesare executării lucrărilor acestea, nu reprezentau o dovadă definitivă a îndeplinirii cerințelor minime din fișa de date. Practic prin DUAE, ofertanții nu pot face dovada definitivă a îndeplinirii cerințelor de calificare, în lipsa documentelor în susținerea celor declarate în DUAE.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică lucrări, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233140-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 24.685.385,12 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă deoarece nu ar fi demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele solicitată prin documentația de atribuire, Consiliul va reține că, la secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare: *„Utilaje – Ofertanții trebuie să prezinte informații referitoare la utilajele instalațiile și echipamentele tehnice de care dispun pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului*”, modalitatea de dovedire aferentă fiind *„Se va completa DUAE (Partea IV: Criterii de selecție - C: Capacitatea tehnică și profesională – punctul 9) de către operatorii economici cu informațiile aferente situației lor. DUAE se va încărca în SEAP semnată cu semnătură electronică extinsă. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul declarat câștigător la finalizarea evaluării ofertelor. Acestea sunt: lista de inventar, contracte de închiriere, cărți de identitate ale vehiculelor (CIV), contracte de leasing și/sau orice alt document din care să rezulte îndeplinirea acestui criteriu de calificare. Dacă ofertantul uzează de prevederile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ofertanții vor prezenta și un angajament al terțului, privind susținerea economico-financiară a ofertantului, însoțit de documente emise de terțul/terții susținători, din care să rezulte modalitatea efectivă prin care terțul/terții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere. Angajamentul de susținere va fi prezentat împreună cu DUAE la momentul depunerii ofertei*”.

Din verificarea dosarului achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul va reține că asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL a depus în oferta sa inițială pentru cei doi asociați următoarele declarații DUAE:

- pentru SC ..... SRL - declarația DUAE aflată la paginile 429 – 442 din dosarul achiziției, în care a completat la punctul 9 de la Partea IV: Criterii de selecție – secțiunea C: capacitatea tehnică și profesională „9. Va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente tehnice pentru executarea contractului”, următorul text: „da conform extras resurse din oferta financiară”;

- pentru SC ..... SRL - declarația DUAE aflată la paginile 448 – 463 din dosarul achiziției, în care a completat la punctul 9 de la Partea IV: Criterii de selecție – secțiunea C: capacitatea tehnică și profesională *„9. Va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente tehnice pentru executarea contractului*”, următorul text: *„lider*”.

Pe parcursul analizării și evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului prin adresa fără număr de înregistrare la emitent transmisă prin SEAP în data de 28.09..... (pag. 121 - 123 din dosarul achiziției), astfel:

„Având în vedere:

a) Cerința de calificare de la punctul III.2.3.a) din fișa de date, respectiv: 2. Utilaje - Ofertanții trebuie să prezinte informații referitoare la utilajele instalațiile și echipamentele tehnice de care dispun pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului. Modalitatea de îndeplinire: Se va completa DUAE (Partea IV: Criterii de selecție - C: capacitatea tehnică și profesională - punctul 9) de către operatorii economici cu informațiile aferente situației lor. DUAE se va încărca în SEAP semnată cu semnătură electronică extinsa. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul declarat câștigător la finalizarea evaluării ofertelor. Acestea sunt: lista de inventar, contracte de închiriere, cărți de identitate ale vehiculelor (CIV), contracte de leasing și/sau orice alt document din care să rezulte îndeplinirea acestui criteriu de calificare. Dacă ofertantul uzează de prevederile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ofertanții vor prezenta și un angajament al terțului, privind susținerea economico-financiară a ofertantului, însoțit de documente emise de terțul/terții susținători, din care să rezulte modalitatea efectivă prin care terțul/terții vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere. Angajamentul de susținere va fi prezentat împreună cu DUAE la momentul depunerii ofertei;

b) Răspunsul completat de dumneavoastră în DUAE Partea IV: Criterii de selecție - C: Capacitatea tehnică și profesională - punctul 9,

respectiv „DA CONFORM EXTRAS RESURSE DIN OFERTA FINANCIARA" răspuns care face trimitere la oferta financiară;

c) Faptul că oferta financiară (inclusiv extrasul de resurse) nu este vizibilă autorității contractante în acest moment al evaluării deoarece pentru decriptarea și vizualizarea ofertei financiare, comisia de evaluare trebuie să declare oferta depusă de dvs. ca fiind admisibilă din punct de vedere al completării DUAE și conformă din punct de vedere tehnic cu prevederile proiectului tehnic - art. 60 (3) din Legea nr. 98/2016,

vă solicităm să indicați documentul din cadrul documentației deja depuse la prezenta procedură de achiziție și accesibil comisiei de evaluare în această etapă a evaluării ofertelor, din care comisia poate să constate în acest moment al evaluării. îndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele.

În răspunsul dumneavoastră veți avea în vedere instrucțiunea ANAP din data de 01.09.2016 pe care o găsiți accesând link-ul: http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf respectiv „Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat in cadrul ofertei și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți, a unui DUAE revizuit."

Așteptăm răspunsul dumneavoastră până la 03.10..... inclusiv.

Vă punem în vedere faptul ca în lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și oferta dumneavoastră va fi considerată inacceptabilă".

Conform documentelor transmise de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 651/06.10....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 4870/06.10..... (pag. 224 – 225 din dosarul achiziției), astfel:

„Formularul DUAE încărcat de subscrisa în SEAP a fost completat pe formularul general de către autoritatea contractantă și publicat în cadrul documentației de atribuire odată cu invitația de participare.

În cauză, în conformitate cu prevederile art. 195 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „DUAE se elaborează pe baza unui formular standard aprobat de Comisia Europeana și se furnizează exclusiv în format electronic".

Totodată, precizăm că DUAE (Document Unic de Achiziție European) potrivit Regulamentul C.E. nr. 7/2016 este un document care ar trebui să faciliteze participarea operatorilor economici la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale și să reducă sarcinile administrative pentru autoritățile contractante, entitățile contractante și operatorii economici, fiind instituit la nivelul Uniunii Europene prin respectivul regulament.

În prezenta procedură subscrisa am descărcat și completat DUAE generat de autoritatea contractanta care a fost publicat în SEAP, la secțiunea documentația de atribuire. În ceea ce privește utilajele, după cum rezultă din cuprinsul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă nu a stabilit ca ofertanții să prezinte informații privind deținerea unui anumit număr sau a anumitor utilaje, fiecare ofertant având obligația de a completa DUAE (Partea IV: Criterii de selecție - C: Capacitatea tehnica și profesională - punctul 9) cu informațiile aferente situației lor.

Acesta a fost considerentul pentru care în DUAE am completat că îndeplinim cerința privind utilajele, sens în care am prezentat în propunerea financiară extrasul de resurse.

Cu toate acestea, pentru a da curs solicitării dumneavoastră, declarăm că deținem toate utilajele necesare executării corespunzătoare a lucrărilor care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, sens în care vă depunem un DUAE revizuit.

Anexăm prezentei: DUAE -revizuit – Lider; DUAE -revizuit – Asociat; Anexa INFORMAȚII A.N.I.".

Totodată, Consiliul va reține că, în anexa adresei nr. 651/06.10..... antecitată, contestatorul a transmis comisiei de evaluare un formular DUAE revizuit în care a completat textul de la punctul 9 din Partea IV: Criterii de selecție – secțiunea C: capacitatea tehnică și profesională din DUAE depus inițial astfel: „da conform extras resurse din oferta financiara: Compactoare, încărcătoare, repartizator finisor mixturi asfaltice; mașină de trasat benzi, autogreder; autogudronator; mătură mecanică; excavatoare; buldozer; mașină de tăiat rosturi cu disc; automacara; autocisternă cu dispozitiv de stropire; ciocan pneumatic; vibratoare universale; betonieră cu cădere liberă acționare cu motor termic; mai mecanic; motocompresor aer; mașină de fasonat otel-beton; ștanță electrică; mașină automată de tăiat și îndepărtat oțel; motopompă; ferăstrău mecanic; electropompă monoetajat de joasă presiune".

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a reținut în mod corect față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă";* deoarece declarația DUAE din oferta acestuia nu conține informații referitoare la utilajele instalațiile și echipamentele tehnice de care dispun pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției.

Potrivit art. 3 lit. u) din Legea nr. 99/2016, DUAE reprezintă *„DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”*.

http://anap.gov.ro/web/ wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdfLegiuitorul român în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09..... (postată pe site-ul oficial http://anap.gov.ro/web/ wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf) a detaliat diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate, astfel:

„a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări; b) ***inadvertențe de fond, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări****.*

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

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE.

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

(...)

b) ***Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE***

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției”.

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care ***nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime***

de calificare/selecție *formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției*".

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că „*DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice*."

Relevante în soluționarea acestei critici sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi".

Relevante sunt și dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „*Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege"*.

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016, „*Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament*".

Verificând formularul standard prevăzut în anexa 2 la Regulament, Consiliul constată că, pentru completarea părții IV Criterii de selecție – secțiunea C: Capacitatea tehnică și profesională din DUAE, legiuitorul

comunitar a stabilit în funcție criteriul de calificare ales de autoritatea contractantă următoarele reguli:

- fie prin aplicarea unei simple bife de tipul DA/NU (cum este cazul criteriului de la nr. 5 *„(...) operatorul economic va permite efectuarea de verificări ale capacităților de producție sau ale capacității tehnice a operatorului economic și, dacă este necesar, ale mijloacelor de studiu și de cercetare de care dispune și ale măsurilor de control al calității? []DA []NU*”),

- fie prin completarea unui răspuns/text/detaliere/listă (cum este cazul punctului 9 *„Va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente pentru executarea contractului: […….]*”)

- fie obligativitatea formulării unui răspuns elaborat conform unui șablon standard/prestabilit, cum este cazul punctului 1) privind experiența similară, în care operatorii economici trebuie să completeze perioada de referință și să enumere toți beneficiarii (astfel cum se precizează în explicația 40 din subsolul Anexei 2).

Astfel cum s-a reținut anterior, Asocierii SC ..... SRL - SC MIRADA CONSTRUCT SRL nu a completat la secțiunea aferentă utilajelor din DUAE nicio informație referitoare la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice de care dispune concret/efectiv/în fapt pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, limitându-se la formularea unei confirmări generice de forma „da conform extras resurse din oferta financiară”.

Față de aceste aspecte Consiliul constată că omisiunea contestatorului de a furniza concret informațiile referitoare la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice de care dispune pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, astfel cum se solicită în mod expres și imperativ în cadrul anexei 2 din Regulamentul nr. 7/2016 Partea IV – Criterii de selecție, secțiunea C – Capacitatea tehnică și profesională nu poate fi încadrată în categoria inadvertențelor de formă ci în cadrul categoriei inadvertențelor de fond astfel cum sunt definite de legiuitor în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială, respectiv reprezintă erori/ omisiuni ale informațiilor în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, acestea constituind informații care ar fi trebuit completate de către ofertanți și care nu reprezintă simple confirmări cu privire la îndeplinirea unor cerințelor minime de calificare /selecție formulate de către autoritate contractantă în fișa de date a achiziției, astfel cum sunt spre exemplu cerințele din cadrul părții a III Motive de excludere secțiunea C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte completarea răspunsului la punctul 9 din Partea IV: Criterii de selecție – secțiunea C: Capacitatea tehnică și profesională din DUAE depus inițial cu utilajele *„Compactoare, încărcătoare, repartizator finisor mixturi*

asfaltice; mașină de trasat benzi, autogreder; autogudronator; mătură mecanică; excavatoare; buldozer; mașină de tăiat rosturi cu disc; automacara; autocisternă cu dispozitiv de stropire; ciocan pneumatic; vibratoare universale; betonieră cu cădere liberă acționare cu motor termic; mai mecanic; motocompresor aer; mașină de fasonat otel-beton; ștanță electrică; mașină automată de tăiat și îndepărtat oțel; motopompă; ferăstrău mecanic; electropompă monoetajat de joasă presiune" care nu au fost cuprinse în DUAE, având în vedere că, prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte care nu îndeplinește cerințele minime de calificare din prevăzute în fișa de date (sancționată de legiuitor cu respingerea ca inacceptabilă), într-una conformă.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al necompletării/completării defectuoase a declarației DUAE potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de completare a DUAE referitor la utilaje.

Mai mult, în cazul în care cerința privind experiența similară din fișa de date a achiziției era considerată ca fiind contradictorie/eronată/ ambiguu formulată sau abuzivă, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectiva prevedere, potrivit dispozițiilor legale. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru contestator, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în verificarea îndeplinirii de către contestator a cerinței de calificare privind utilajele iar prin răspunsul formulat contestatorul avea obligația să indice „documentul, din cadrul documentației deja depuse la prezenta procedură de achiziție și accesibil comisiei de evaluare în această etapă a evaluării ofertelor, din care comisia poate să constate în acest moment al evaluării. îndeplinirea cerinței de calificare privind utilajele" (astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin adresa din 28.09.....) fără a depune un DUAE revizuit având în vedere faptul că omisiunea completării listei de utilaje în DUAE prezentat în oferta inițială constituie inadvertență de fond, respectiv eroare omisiune, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita depunerea unui DUAE revizuit.

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, conform cărora „*Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în*

documentele achiziției” și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 (douăzecișiuna) pagini.