CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., sector 1, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ..., reprezentată legal prin ..... – Administrator, împotriva adreselor nr. 40/14256/23.02..... și nr. 40/14434/03.03....., emise de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect ”Servicii de elaborare SF+PT+DE+AT+DTAC pentru obiectivul Varianta ocolitoare Giurgiu”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante:

- ”la adoptarea unei măsuri de remediere, prin retragerea răspunsului la Clarificarea nr. 31, postată în SEAP cu nr. 40/14256/23.02....., precum și a răspunsului la clarificarea nr. 40, postată în SEAP cu nr. 40/14334/03.....;
- și la reformularea cerinței referitoare la obligația de menționare a subcontractantului/subcontractanților în sensul în care *În cazul unei asocieri, este suficient ca subcontractantul/subcontractanții să fie menționat/menționați în DUAE de cel puțin unul dintre asociați, respectiv de cel care îl/îi propune*”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă adresele nr. 40/14256/23.02..... și nr. 40/14434/03.03.....,

emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, reprezentând clarificări referitoare la documentația de atribuire.

În fapt, contestatoarea văzând anunțul de participare nr. ..... publicat în SEAP la ....., a transmis autorității contractante o clarificare referitoare la modalitatea de completare a DUAE, în ceea ce privește menționarea subcontractantului/subcontractanților, în situația în care asocierea dorește să subcontracteze o parte din servicii.

Prin adresa de răspuns nr. 40/14256/23.02....., autoritatea contractantă preciza că: "La completarea DUAE, subcontractantul va fi menționat de fiecare membru al asocierii".

Nemulțumită de această clarificare, contestatoarea a formulat o notificare prealabilă, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând autorității contractante reformularea cerinței, în sensul remedierii neconcordanțelor semnalate.

Ulterior, prin adresa nr. 40, postată în SEAP cu nr. 40/14434/03.03....., autoritatea contractantă, printr-o interpretare eronată și abuzivă, reține în sarcina liderului asocierii obligația de declarare a subcontractantului/subcontractanților.

Contestatoarea apreciază că, în cazul unei asocieri, ofertantul este Asocierea, iar fiecare membru asociat desemnează, atât prin DUAE, cât și prin împuternicirea scrisă, un reprezentat, care "este pe deplin autorizat să angajeze răspunderea (nr. fiecărui ofertant asociat) cu privire la toate actele și faptele ce decurg din participarea la procedură".

Totodată, contestatoarea învederează că trebuie avut în vedere și, sub aspect practic:

a/ membrii unei asocieri nu încheie acorduri/contracte de subcontractare în mod separat, cu unul sau mai mulți subcontractanți, prerogativa fiind delegată reprezentantului împuternicit al asocierii;

b/ membrii unei asocieri nu nominalizează *în comun* un subcontractant, acesta fiind propus și nominalizat, de regulă, de un singur asociat, funcție de natura serviciilor prestate de subcontractant și de partea din contract care și-o asumă asociatul care îl nominalizează (ex: la contractele de proiectare și execuție, constructorul și proiectantul, deși sunt asociați, nici măcar nu cunosc posibilii subcontractori pe care îi poate propune fiecare).

Prin urmare, în opinia contestatoarei, răspunsul autorității contractante încalcă prevederile legale, considerând că se complică inutil procedura de participare și, nu în ultimul rând, crește nejustificat, în detrimentul operatorilor economici, riscul prezentării unor informații contradictorii.

Or, prin clarificarea nr. 40, postată în SEAP cu nr. 12680/....., într-o procedură similară, autoritatea contractantă anulează clarificarea nr. 32, menționând următoarele: "În cazul unei asocieri este suficient ca subcontractantul/subcontractanții să fie menționat/menționați în DUAE de cel puțin unul dintre asociați, respectiv de cel care îl/îi propune".

Având în vedere toate acestea, contestatoarea solicită admiterea contestației și adoptarea măsurii de remediere reclamate.

În drept, contestatoarea își întemeiază cererea în baza dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016

Prin adresa nr. 40/14367/15.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 9055/15.03....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca lipsită de interes și respectiv, ca neîntemeiată.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că, în cadrul procedurii, i-au fost solicitate o serie de clarificări asupra documentației de atribuire, referitoare la modalitatea de completare a DUAE, emițând răspuns prin clarificarea nr. 31 din 23.02....., în care se precizează că "La completarea DUAE subcontractantul va fi menționat de fiecare membru al asocierii".

Ulterior, prin clarificarea nr. 40 din 03.03....., s-a revenit asupra clarificării menționate, fiind completată astfel: [Pentru a fi respectate prevederile art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă trebuie să publice prin mijlocare electronice denumirea și datele de identificare ale ofertantului/candidatului/subcontractantului propus/terțului susținător, în termen de maximum 5 zile de la expirarea termenului – limită de depunere a ...ofertelor". La completarea DUAE, subontractantul va fi menționat de fiecare membru al asocierii. Pentru a evita riscul prezentării unor informații contradictorii din partea fiecărui membru al asocierii, pentru subcontractanții propuși, informațiile din DUAE, Partea a II, secțiunea A și B vor fi completate de către liderul asocierii].

Autoritatea contractantă mai arată că, potrivit "Notificare privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale în etapa de analiză a conținutului DUAE", așa cum este publicat pe site-ul http://anap.gov.ro/web/notificare-privind-utilizarea-duae-în-procedurile-de-atribuire-a-contractelor-de-achiziție-publică-sectoriale/, pot interveni următoarele situații:

a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, [...], 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

Astfel, conform art. 209 alin. (1) și totodată ținând cont și de alin. (2) al aceluiași articol din Legea nr. 98/2016, pentru aceste inadvertențe, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări asupra documentului în discuție, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

De asemenea, se va ține cont și de prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și pe cele ale art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, în situația netransmiterii documentului revizuit, respectiva ofertă, va fi considerată inacceptabilă.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatoarei privind "Subcontractantul va fi menționat în DUAE

completat de fiecare dintre membrii asocierii sau este suficient să fie menționat în DUAE completat de către liderul asocierii", se încadrează la viciu de formă, întrucât eventualele neconcordanțe referitoare la DUAE, vor fi ușor de identificat și se pot solicita clarificări în acest sens, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări la nivelul aceluiași DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă, apreciază criticile contestatoarei ca lipsite de argumente fundamentate privind o altă modalitate de completare a DUAE, solicitând pe această cale respingerea ei în principal ca neîntemeiată și lipsită de obiect, iar în secundar, ca neîntemeiată.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru încheierea contractului de achiziție publică având ca obiect "Servicii de elaborare SF+PT+DE+AT+DTAC pentru obiectivul Varianta ocolitoare Girugiu", ..., (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire.

Împotriva unor clarificări ce privesc documentația de atribuire, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând cele din partea introductivă a deciziei.

Văzând disputa părților, Consiliul constată că problema de interes vizează dreptul de participare în competiție împreună cu unul sau mai mulți subcontractanți și obligația corelativă ca ofertantul să indice existența lui/lor, inclusiv, prin prezentarea mai multor exemplare ale DUAE, funcție de numărul subcontractanților.

Consiliul constată, în același timp, că textul cerinței de prezentare a informațiilor despre subcontractant/ți, ce a determinat contestatoarea să solicite reformarea cerinței, prezintă caracter echivoc.

Astfel, în prima parte a textului, se indică obligația fiecărui membru al unei asocieri de a preciza, în cuprinsul DUAE propriu, existența subcontractantului asocierii/asociatului.

De asemenea, partea a doua a răspunsului de clarificare nr. 40/14334/03.03....., indică nevoia ca liderul asocierii să prezinte informațiile referitoare la subcontractanți, cuprinse în Secțiunile A și B din Partea a II a DUAE propriu.

Din acest texte, rezultă, pe de o parte, că oricare membru al unei asocieri, inclusiv liderul ei, ar trebui să indice toți subcontractanții care ar interveni în execuția viitorului contract, indiferent dacă aceștia ar fi implicați în partea lor de execuție a contractului sau în partea celorlalți membri ai asocierii.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă obligă orice asociere de operatori economici să-și desemneze un lider.

Consiliul consideră că aceste reguli, impuse de autoritatea contractantă, sunt contrare liberei asocieri în vederea participării în competiția atribuirii contractului, asigurate prin prevederile coroborate

ale art. 3 alin. (1) lit. jj), art. 53 și art. 54 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 [conform cărora: art. 3 alin. (1) lit. jj) *operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi; Art. 53. - Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terţ susţinător, în condiţiile prevăzute de prezenta lege; Art. 54. - (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea unei oferte ori a unei solicitări de participare.*].

Pentru o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, ce ar trebui asigurată prin documentația de atribuire, conform obligației impuse prin art. 154 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să se raporteze la nevoia sa obiectivă de informare asupra calității operatorilor economici implicați în ofertare, în special, în cazul unei asocieri, dar și la prevederile art. 55, art. 193 alin. (3) și art. 195 din lege [art. 55. - *(1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori solicitarea de participare partea/părţile din contract pe care urmează să le subcontracteze şi datele de identificare ale subcontractanţilor propuşi.*

(2) Subcontractanţii propuşi trebuie să respecte aceleaşi obligaţii ca şi ofertanţii, în domeniul mediului, social şi al relaţiilor de muncă, stabilite prin legislaţia adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislaţia naţională, prin acorduri colective sau prin tratatele şi acordurile internaţionale în aceste domenii, prevăzute în documentaţia de atribuire potrivit art. 51 alin. (1); Art. 193 alin. *(3) - În cazul în care operatorul economic intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţiile solicitate cu privire la subcontractanţi.* și Art. 195. - *DUAE se elaborează pe baza unui formular standard aprobat de Comisia Europeană şi se furnizează exclusiv în format electronic.].*

Întrucât prevederile legale amintite nu stabilesc în sarcina fiecăruia dintre membrii unei asocieri, nici chiar a liderului acesteia (dacă a fost desemnat) să indice subcontractanții, ci obligă ofertantul, în ansamblu, să precizeze intervenția acestora, se înțelege că, în fapt, răspunderea pentru lipsa informațiilor ar putea fi opusă asocierii în cauză și nu fiecăruia dintre membrii ei, pe principiul răspunderii în solidar.

De altfel, Norma de aplicare a prevederilor amintite, aprobată prin HG nr. 395/2016, cuprinde, în art. 20 alin. (4), următoarea regulă: *Pentru formularea şi aplicarea aspectelor referitoare la cerinţele care pot face obiectul DUAE se utilizează prevederile din Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisei din 5 ianuarie 2016.*

Văzând al patrulea paragraf al Instrucțiunilor din Anexa 1 a Regulamentului amintit, se deduce că autoritatea contractantă ar trebui să solicite informații privind subcontractanții, inclusiv asupra motivelor de excludere din competiție, dacă ofertantul se bazează pe capacitățile lor, dar ar putea să solicite același tip de informații și pentru subcontractanții care nu au capacități care să susțină ofertantul (*Atunci când pregătesc documentele achiziției pentru o anumită procedură de achiziții publice, autoritățile contractante și entitățile contractante trebuie să indice ... , inclusiv o declarație explicită în care să precizeze dacă informațiile prevăzute în părțile II și III ar trebui sau nu furnizate în ceea ce privește subcontractanții pe capacitățile cărora nu se bazează operatorul economic).*

Totodată, din coroborarea acestor reguli, cu instrucțiunile de completare a formularului din Anexa 2 a regulamentului CE (în special, cele de la secțiunile A, C și D ale Părții II –*Informații referitoare la operatorul economic*), dar și de la secțiunea C a părții a IV-A *Criterii de selecție* (punctul 10.), rezultă că interesul autorității contractante este să obțină informații de certitudine, privitoare la implicarea operatorilor economici, fără să aibă întâietate informațiile primite din partea unuia sau altuia dintre membrii asocierii.

De altfel, informațiile din DUAE nu sunt determinante în acceptarea sau nu a ofertei, funcție de implicarea operatorilor economici, ci documentele doveditoare asupra capacității și capabilității lor în derularea activităților la care s-au angajat (sunt determinante).

În fapt, completarea DUAE de către subcontractanți (solicitată de autoritatea contractantă și în procedura din speță), precum și prezentarea documentelor în susținere, ar trebui să fie concordantă cu înscrierea calității de subcontractant în celelalte documente ale ofertei, precum contractul de asociere și contractul de subcontractare, inclusiv DUAE aparținând ofertantului.

Or, precizarea autorității contractante că informațiile privind calitatea de subcontractant și reprezentantul legal al acestuia ar trebui să fie parte a DUAE aparținând ofertantului (membri și lider dintr-o asociere) reprezintă și o informație lipsită de precizie, întrucât secțiunile A și B ale părții II sunt dedicate celui ce completează documentul (ofertantului) și nu subcontractantului (acesta din urmă completând propriul document, cu secțiuni similare, privitoare la calitatea în procedură și la reprezentantul său legal).

În consecință, Consiliul consideră că autoritatea contractantă are garanții suficiente, pentru procurarea informațiilor rezultând din DUAE, dacă acceptă ca oricare membru al unei asocieri să indice existența subcontractantului/ților, câtă vreme acesta/aceștia din urmă va/vor fi obligat/ți la depunerea propriului DUAE.

În privința conținutului Notificării ANAP privitoare la regulile de completare a DUAE, invocat de autoritatea contractantă, Consiliul constată că acesta nu poate fi opus unor reguli rezultând din acte normative și nici nu ar putea să adauge la acestea, neavând putere juridică echivalentă.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 11 zile, prin reformularea cerinței atacate, în sensul acceptării ca subcontractantul/ții unei asocieri să fie indicat/ți de cel puțin unul din membrii asocierii, urmând ca această regulă să fie adusă la cunoștința operatorilor economici interesați de îndată, prin postarea în SEAP.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ..... SRL împotriva adreselor nr. 40/14256 din 23.02..... și nr. 40/14434 din 03.03....., emise de ....., în procedura cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ..... și le anulează.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 11 zile, prin reformularea cerinței atacate și postarea ei în SEAP, în sensul acceptării ca subcontractantul/ții unei asocieri să fie indicat/ți de cel puțin unul din membrii asocierii.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

…