

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. 2193/C3/2353

Data: 20.10.2022

Prin contestația nr. 516/26.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47560/27.09.2022, înaintată de S.R.L., cu sediul în, str., județul, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin administrator, ..., și convențional prin, cu sediul în, ... (sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură), formulată împotriva rezultatului procedurii nr. 2272/16.09.2022 și a raportului procedurii de atribuire nr. RP46/16.09.2022, întocmite de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritatea contractantă, în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect "Furnizare și livrare autospecială pentru ridicat vehicule", inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1111805 din data de 01.08.2022, s-a solicitat anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

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

Contestatoarea susține că a depus o ofertă care respectă documentația de atribuire și legislația achizițiilor publice, iar în etapa de verificare a condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, autoritatea contractantă i-a transmis două solicitări de clarificări, în raport cu care societatea sa a răspuns complet și concludent.

De asemenea, contestatoarea arată că rezultatul procedurii nr. 2272/16.09.2022 și raportul procedurii de atribuire nr. RP46/16.09.2022 încalcă dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă având obligația de a comunica motivele concrete care au stat la baza deciziei de declarare a ofertei sale inacceptabilă.

În concret, prin actele atacate, autoritatea contractantă s-a limitat la a menționa succint temeiurile în baza cărora a declarat inacceptabilă oferta sa, fără a arăta însă motivele concrete pentru care a apreciat răspunsul său ca fiind neconcludent și respectiv pentru care a apreciat că societatea sa nu ar îndeplini cerința referitoare la experiența similară.

Contestatoarea susține că decizia autorității contractante, privitoare la pretinsa modificare a ofertei sale, este nelegală, încălcând atât dispozițiile în materia achizițiilor publice, cât și principiul egalității de tratament și al transparenței.

Prin solicitarea de clarificări nr. 2002/16.08.2022, autoritatea contractantă i-a solicitat, la punctul 4. - "La cap. C - Capacitate Tehnică și Profesională, secțiunea Proportia de subcontractare din cadrul DUAЕ, nu ați furnizat nicio informație cu privire la această cerință, așa cum este prevăzut în fișa de date a achiziției".

De asemenea, contestatoarea precizează că, din analiza dispozițiilor legale incidente, respectiv a art. 179 lit. k) din Legea nr. 98/2016, se poate observa că legiuitorul nu a înțeles includerea lui în secțiunea specifică procedurii simplificate și nici nu a înțeles să facă trimitere la aplicarea sa corespunzătoare în cadrul procedurii simplificate.

Date fiind acestea, contestatoarea susține că nu avea obligația de a preciza, la momentul depunerii ofertei, proporția de subcontractare. Din contră, în lipsa aplicării dispozițiilor enunțate, dispozițiile privitoare la procedura simplificată urmau a se completa exclusiv cu cerințele documentației de atribuire și principiile în materia achizițiilor publice.

Or, prin fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.3.a) - Capacitate tehnică și/sau profesională, referitor la proporția de subcontractare, autoritatea contractantă nu a impus operatorilor economici participanți desemnarea, încă de la momentul ofertării, a subcontractanților ce urmează a fi implicați în executarea contractului. Din contră, aceasta a prevăzut expres faptul că datele de identificare, și implicit desemnarea subcontractanților, la acest moment al procedurii, urmează să se realizeze numai în măsura în care aceștia sunt cunoscuți ofertantului:

"Proportia de subcontractare

II. Ofertanții trebuie să declare datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei, categoriile de servicii din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum procentul sau valoarea aferentă activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți".

Mai mult, prin caietul de sarcini, punctul 12 -"Subcontractarea", s-a prevăzut:

"Contractantul nu poate subcontracta și nici nu poate permite prezența unui terț pe perioada derulării contractului fără acordul scris al autorității contractante".

Din analiza coroborată a prevederilor fișei de date și a caietului de sarcini, precum și a dispozițiilor legale în materie, a principiilor din domeniul achizițiilor și jurisprudenței CJUE, contestatoarea consideră că clauzele documentației de atribuire trebuie interpretate în sensul în care, în măsura în care potențiali subcontractanți ce urmează a desfășura activitățile ce fac obiectul contractului sunt cunoscuți ulterior momentului

depunerii ofertei, ofertantul să poată completa oferta prin transmiterea către autoritatea contractantă a documentelor corespunzătoare referitoare la situația subcontractantului.

Astfel, posibilitatea de a desemna potențiali subcontractanți în mod arbitrar a fost recunoscută ofertanților până la momentul începerii executării contractului, orice desemnare ulterioară trebuind subsumată nu numai respectării condițiilor generale pe care fiecare subcontractant ar fi trebuit să le îndeplinească, ci și obținerii acordului scris al autorității contractante.

Contestatoarea arată că, în același sens, este și jurisprudența CNSC, respectiv Decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 1347/2021.

Așadar, raportat la aspectele enunțate și la motivul concret pentru care oferta sa a fost respinsă, contestatoarea susține că decizia autorității contractante de a-i declara oferta inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, motivat de faptul că, prin adresa nr. 161/17.08.2022, ar fi modificat oferta, prin declararea operatorului economic ca subcontractant, după termenul limită de depunere a ofertelor, încalcă atât principiile care guvernează materia achizițiilor publice, cu precădere principiul transparenței și tratamentului egal, precum și dispozițiile legale în materie.

În acest sens, subliniază contestatoarea faptul că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă, întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii ofertei (Hotărârea din 14 iunie 2017, C-6/05 EU:C:2007:337, Medipac-Kazantzidis AE Tmpotriva Venizeleio- Pananeio (PE. S. Y. KRITIS), paragraful 54).

Astfel, în cauzele de referință pronunțate în interpretarea prevederilor art. 2 din Directiva 2004/18/CE, prevederi preluate în art. 18 din Directiva 2014/24/CE, CJUE a statuat expres faptul că autorității contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit.

Așadar, raportat la aspectele enunțate, contestatoarea concluzionează că decizia autorității contractante de a-i declara inacceptabilă oferta, ca urmare a pretenției modificării a ofertei, este nelegală, întreaga conduită a ofertantului S.R.L. fiind în conformitate atât cu documentația de atribuire, cât și cu dispozițiile legale și principiile care guvernează materia achizițiilor publice.

În continuare, contestatoarea susține că decizia autorității contractante de a considera neconcludent răspunsul la solicitarea de clarificări încalcă principiul proporționalității, precizând că, în fapt, prin angajamentul ferm de susținere încheiat între societatea sa și terțul susținător, ..., acesta din urmă s-a angajat în mod ferm, necondiționat și irevocabil să-i acorde susținerea necesară în cazul în care aceasta va întâmpina dificultăți în executarea contractului.

Contestatoarea menționează că, prin adresa de clarificări nr. 2002/16.08.2022, autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea documentelor transmise de terțul susținător din care să rezulte modul efectiv prin care acesta va realiza susținerea, iar prin adresa nr. 161/17.08.2022 i-a transmis documentele solicitate, din care rezultă calitatea de producător a terțului susținător și capacitatea sa de a executa contractul. De asemenea, prin declarația dată, terțul a confirmat încă o dată angajamentul asumat.

De asemenea, contestatoarea susține că, prin adresa nr. 2028/19.08.2022, ca urmare a analizării exclusiv a adresei sale nr. 161/17.08.2022 și făcând abstracție de angajamentul de susținere și documentul bilingv emis de terțul susținător, în mod nejustificat și disproporționat, autoritatea contractantă i-a solicitat direct înlocuirea terțului susținător.

Apreciind faptul că autoritatea contractantă a aplicat în mod eronat dispozițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 116/23.08.2022, a clarificat modalitatea în care terțul urmează a realiza efectiv susținerea.

Contestatoarea subliniază faptul că decizia autorității contractante de a aplica dispozițiile art. 182 este contrară regulilor procedurilor simplificate, neexistând nicio trimitere expresă la aplicarea art. 182 și, mai mult, decizia autorității contractante reprezintă o încălcare flagrantă a principiului proporționalității, care impune următoarele:

(i) măsurile luate de instituții nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;

(ii) 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;

(iii) când se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, autoritatea contractantă să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.

Astfel, contestatoarea susține că decizia de a exclude direct oferta sa este excesivă, fiind contrară percepțelor statuate la nivel european și, tocmai în vederea respectării principiului proporționalității și tratamentului egal, autoritatea contractantă ar fi trebuit să-i solicite calificări suplimentare sau să facă aplicarea directă a prevederilor art. 49 din H.G. nr. 395/2016, respectiv de a solicita clarificări direct terțului susținător.

Contestatoarea invocă faptul că decizia autorității contractante de a considera inacceptabilă oferta sa, ca urmare a neîndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, este netemeinică și nelegală.

Cu privire la acest motiv de pretinsă inacceptabilitate a ofertei sale, contestatoarea reiterează faptul că, urmare a nerespectării de către autoritatea contractantă a obligației de motivare, este în imposibilitatea de a identifica motivele pentru care aceasta a considerat că nu a îndeplinit cerința referitoare la experiența similară, ea indicând, în DUAE, atât contracte având ca obiect utilaje de o complexitate superioară celor solicitate în procedură, cât și contracte având ca obiect un produs similar celui solicitat.

Contestatoarea precizează că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a impus, în vederea demonstrării capacității tehnice și profesionale, următoarea cerință de calificare:

"Ofertanții trebuie să dețină experiența similară în domeniul care face obiectul contractului, astfel că în ultimii 3 ani, inclusiv până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, ofertanții trebuie să fi dus la bun sfârșit un contract pentru furnizarea și livrarea a cel puțin 1 (una) autospecială cu funcționalitate similară".

Raportând cerințele enunțate la principiile care guvernează materia achizițiilor publice, rezultă că acestea nu pot fi interpretate de o manieră restrictivă, de natură a limita accesul operatorilor la procedura de atribuire și de o manieră de natură a înlătura acele contracte care au ca obiect un produs similar, care îndeplinește cerințele specifice celui ce face obiectul achiziției, în acest sens, invocă dispozițiile art. 29 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatoarea precizează că, în conformitate cu dispozițiile legale în materie, „experiența similară” înseamnă o experiență asemănătoare, care are elemente comune cu cele ce formează obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, dar și elemente care le diferențiază.

De asemenea, contestatoarea arată că jurisprudența CNSC, urmare a aplicării jurisprudenței CJUE, este constantă, în sensul în care prin experiența similară nu se poate înțelege experiență identică (decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial 2375 din 2020).

Totodată, contestatoarea precizează că cerințele referitoare la demonstrarea capacității tehnice și profesionale trebuie interpretate, în primul rând, prin raportare la rațiunea avută de legiuitor.

Contestatoarea susține că, prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit că:

"Prin autospeciala cu funcționalitate similară se înțelege autospeciala destinată ridicării mecanizate a vehiculelor și transportul acestora la locul de depozitare".

Or, în vederea satisfacerii exigențelor impuse, atât la nivel legislativ, cât și la nivel jurisprudențial, această cerință nu poate fi interpretată într-o manieră limitativă, în sensul de a se avea în vedere exclusiv contractele având ca obiect un "o autospecială" stricto sensu, ci trebuie interpretat ca având în vedere orice produs similar care îndeplinește cerințele specifice celui ce face obiectul achiziției.

Mai mult, prin art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, s-a prevăzut expres faptul că:

"Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului".

Contestatoarea învederează faptul că, în vederea demonstrării experienței similare, în cadrul DUAЕ depus de terțул susținător, a indicat Contractul nr. 0419159 - 25.12.2022 - Achiziție platformă, cu privire la care acesta a declarat expres în cadrul adresei bilingve prezentate că obiectul contractului îl constituie o autoplatformă dotată cu braț macara, destinată ridicării și transportului de vehicule.

Or, având în vedere faptul că utilajul său îndeplinește cerințele solicitate, fiind un utilaj destinat ridicării mecanizate a vehiculelor și transportului acestora, decizia autorității contractante nu poate fi înțeleasă de societatea sa.

Mai mult, contestatoarea susține că, în cadrul DUAЕ depus, a indicat contracte având ca obiect utilaje de o complexitate superioară celor ce urmează a fi oferate, ceea ce demonstrează capacitatea sa de a duce la bun sfârșit contractul.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 8 și art. 22 din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale invocate în cauză.

Prin adresa nr. 17156/30.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48589/03.10.2022, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere la contestația formulată de S.R.L., solicitând respingerea ei, ca nefondată.

Autoritatea contractantă respinge acuzațiile nefondate ale contestatoarei cu privire la nerespectarea de către comisia de evaluare a prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, deoarece din cuprinsul comunicării privind rezultatul procedurii, transmisă prin adresa nr. 2272/16.09.2022, se poate observa că, pentru fiecare din cele 3 motive de respingere a ofertei i s-a comunicat motivul pentru care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, distinct pentru fiecare încadrare în prevederile legale. De altfel, acuzația petentei că în lipsa informării cu privire la motivele concrete care au stat la baza respingerii ofertei nu a înțeles raționamentul care a stat la baza deciziei nu se susține, deoarece autoritatea contractantă a transmis motivele, atât prin adresa nr. 2272/16.09.2022, cât și prin raportul procedurii (la care petenta are acces), iar în cazul în care aceasta dorea mai multe informații, avea

dreptul de a consulta dosarul achiziției, drept statuat de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, dar pe care nu l-a exercitat.

Cu privire la declararea ofertei ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că, la termenul limită de depunere a ofertelor, contestatoarea a depus ofertă individuală, iar în cadrul ofertei a declarat operatorul economic în calitate de terț susținător, pentru cerința de calificare privind experiența similară.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, la momentul accesării ofertelor, comisia de evaluare a identificat, pentru ofertantul S.R.L., DUAEurii completate pentru sine și pentru terțul susținător, așa cum prevede art. 193 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Deoarece în documentația de atribuire s-a prevăzut ca ofertanții să comunice proporția de subcontractare, în cazul în care este cunoscută la momentul depunerii ofertei, ofertantul avea obligația de a formula un răspuns.

Întrucât pe parcursul evaluării DUAEE s-a constatat că, în ce-l privește pe terțul susținător, ofertantul a depus doar angajamentul de susținere, fără a depune și documentele transmise de terț din care să rezulte modul efectiv prin care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, așa cum prevede art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, fișa de date a achiziției, dar și modelul de angajament de susținere din cuprinsul secțiunii "Formulare" din cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă susține că, prin adresa nr. 2002/16.08.2022, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului cu privire la nedepunerea documentelor transmise acestuia de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv prin care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, dar și clarificări cu privire la faptul că nu a formulat un răspuns la secțiunea "Proporția de subcontractare" din DUAEE. Ofertantul a răspuns în termen, prin adresa nr. 161/17.08.2022, la care a atașat un document din partea terțului susținător, prin care acesta își reînnoiește angajamentul de susținere și în care precizează că se angajează să confecționeze și să monteze o suprastructură. Tot prin aceeași adresă, în încercarea de a convinge că terțul susținător are capacitatea de a-și respecta propriul angajament de susținere, autoritatea contractantă precizează că petenta a depus acordul de subcontractare nr. 162 din data de 17.08.2022, încheiat după termenul limită de depunere a ofertelor cu, prin care acest operator economic este desemnat și subcontractant, precum și un nou DUAEE completat în nume propriu de ofertant, în care declară că este desemnat subcontractant cu o proporție de subcontractare de 33,5% din valoare ofertei.

Prin simpla lecturare a noului DUAEE transmis de contestatoare în nume propriu, se poate observa că aceasta nu numai că l-a declarat pe operatorul economic ca subcontractant, dar l-a și eliminat din

calitatea de terț susținător. De asemenea, ofertantul nu a depus un DUAЕ completat de subcontractantul declarat și nici nu a completat în SICAP, odată cu depunerea ofertei, un DUAЕ pentru subcontractant.

Ținând cont de faptul că un subcontractant poate fi declarat numai în condițiile prevăzute de art. 151 din H.G. nr. 395/2016, dar și faptul că, în conformitate cu art. 124 alin. (1) din același act normativ, oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant, autoritatea contractantă susține că un ofertant nu poate declara un subcontractant după termenul limită de depunere a ofertei și pe parcursul evaluării ofertelor.

În consecință, comisia de evaluare a considerat că, prin declararea unui subcontractant prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul și-a modificat oferta, acest aspect neputând fi încadrat în categoria viciilor de formă sau a abaterilor tehnice minore ce pot fi corectate, obligația de nominalizare fiind menționată la art. 55 din lege, care instituie și pentru subcontractant anumite obligații.

Consideră autoritatea contractantă că acceptarea ofertei după ce aceasta a fost modificată ar însemna încălcarea principiilor tratamentului egal și al nediscriminării și favorizarea ofertantului în detrimentul celorlalți participanți la procedură, iar în susținerea argumentelor sale, invocă Decizia nr. 3460/C2/4250 din 28.12.2017, adoptată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Mai menționează autoritatea contractantă faptul că întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă exclusiv ofertantului care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație este de a controla respectarea întocmai de către participanți a prevederilor documentației de atribuire. Particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită, atât din partea entităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte.

Referitor la declararea ofertei ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că, în cadrul fișei de date a achiziției, la *secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*, a precizat că ofertanții care fac uz de art. 182 din Legea nr. 98/2016 au obligația ca, odată cu oferta, să prezinte angajamentul terțului susținător, însoțit de documente anexe la angajament, transmise acestora de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea și, întrucât această prevedere din fișa de date a achiziției nu a fost contestată în termenul legal prevăzut de Legea nr. 101/2016, aceasta devine obligatorie pentru ofertanți, aceștia având obligația de a se conforma.

Deoarece, în cadrul ofertei depuse de contestatoare, comisia nu a identificat documentele ce trebuiau anexate la angajamentul de susținere, prin adresa nr. 2002/16.08.2022, i s-au solicitat clarificări, iar

prin adresa nr. 161/17.08.2022, în vederea demonstrării capacității de susținere a angajamentului terțului susținător, ofertantul a transmis un document din partea terțului susținător, prin care acesta își reînnoia angajamentul de susținere, precizând că se angajează să confecționeze și să monteze o suprastructură. De asemenea, a atașat o factură proformă, nr. 05.08.2022-1034, în care, la pag. 6, este menționat că prețul cuprinde exclusiv suprastructura, șasiul urmând a fi pus la dispoziție de către cumpărător, respectiv de către S.R.L.

Analizând răspunsul ofertantului și documentele transmise, comisia de evaluare a constatat că acesta nu a pus la dispoziția comisiei documentele transmise de terț, din care să rezulte modul efectiv prin care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, așa cum prevede art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și cum s-a solicitat prin adresa nr. 2002/16.08.2022, iar nici terțul susținător nu a explicat clar și fără ambiguități modul concret prin care își va respecta angajamentul în care operatorul economic susținut întâmpină dificultăți în derularea contractului. De asemenea, comisia de evaluare a considerat că factura proformă nr. 05.08.2022-1034 nu poate fi catalogată ca fiind un document din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, pentru simplul fapt că aceasta face referire exclusiv la suprastructura, fără a se face mențiuni cu privire la autoșasiul pe care se va monta aceasta, cumpărătorul, respectiv contestatoarea, având obligația de a-l pune la dispoziția terțului susținător în vederea echipării. Se constată că terțul susținător nu a făcut nicio mențiune cu privire la modalitatea de intervenție și la resursele pe care le va pune la dispoziție în vederea îndeplinirii contractului cu privire la autoșasiu, care este cea mai importantă parte a autospecialei și fără de care suprastructura ar fi inutilă.

Cu toate că ofertantul nu a transmis documentele solicitate prin adresa nr. 2002/16.08.2022, caz în care oferta ar fi trebuit respinsă, ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că membrii comisiei au considerat că petenta nu are acces la resursele terțului susținător necesare îndeplinirii contractului și i-a acordat posibilitatea de a înlocui terțul susținător, fiind transmisă adresa nr. 2028/19.08.2022.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, prin răspunsul său din adresa nr. 166/23.08.2022, contestatoarea a menționat, printre altele, că a anexat un angajament extins al terțului susținător (document neanexat la adresă) și a cerut revocarea solicitării de înlocuire a terțului susținător.

În ce privește afirmația petentei, cu privire la faptul că putea să facă uz de prevederile art. 49 din H.G. nr. 395/2016 și să-i solicite documente și informații direct terțului susținător, autoritatea contractantă precizează că aceste prevederi reprezintă un drept și nu o

obligatie a autorității contractante. De altfel, și-a exercitat acest drept, iar, prin adresa nr. 2001/16.08.2022, a solicitat terțului susținător să certifice autenticitatea anumitor documente din oferta depusă de S.R.L., printre care și angajamentul de susținere și, întrucât terțul susținător a răspuns solicitării sale, confirmând autenticitatea documentelor din oferta, comisia de evaluare a luat act de faptul că are cunoștință de implicarea sa în procedura de atribuire, dar acest fapt nu exonerează ofertantul de la a pune la dispoziția comisiei de evaluare documentele solicitate.

De asemenea, în cazul în care solicitările de clarificări transmise de comisia de evaluare, prin adresele nr. 2002/16.08.2022 și nr. 2028/19.08.2022, erau considerate de contestatoare contradictorii/erone/ambiguu formulate sau abuzive, autoritatea contractantă susține că aceasta avea dreptul de a le contesta, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016. Cu toate acestea, contestatoarea a ales, prin propria manifestare de voință, să răspundă în termen la solicitările de clarificări respective, ceea ce implică o acceptare a acestora, astfel încât comisia de evaluare a avut obligația de a verifica concluziunile răspunsurilor. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii, atât pentru contestatoare, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive prevăzute la art. 127 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă concluzionează că, prin modul în care contestatoarea a înțeles să prezinte documentele de susținere a capacității tehnice și prin modul neconcludent în care a înțeles să răspundă la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a fost pusă în imposibilitatea de a stabili în mod cert dacă terțul care asigură susținerea îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, astfel că oferta acesteia a fost declarată inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 și respinsă.

Autoritatea contractantă mai menționează că experiența similară este o resursă netransferabilă, astfel că, prin simpla prezentare a angajamentului de susținere și prin completarea DUAЕ cu informații privind contractele aferente produselor similare care fac obiectul experienței similare, prin care terțul susținător își asumă că va interveni în mod direct, necondiționat și va asigura îndeplinirea integral reglementară și în termen a obligațiilor contractuale, nu o poate convinge că terțul susținător va respecta sau va fi capabil să preia responsabilitățile ofertantului și să ducă la bun sfârșit contractul, în cazul în care ofertantul nu își poate îndeplini obligațiile contractuale.

Privind declararea ofertei inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, deoarece contestatoarea nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară, autoritatea contractantă menționează că aceasta este implicită, având în vedere că aceasta a ales ca cerința să fie îndeplinită prin intermediul unui terț susținător. În

condițiile în care ofertantul nu a făcut dovada că terțul susținător are resursele și capacitatea necesare respectării angajamentului de susținere, iar la solicitarea comisiei de evaluare nu a înlocuit terțul susținător declarat inițial, este mai mult decât evident că aceasta nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară, ca resursă netransferabilă.

Contestatoarea nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară nici în baza contractelor nr. 24/02.09.2021 și nr. 10/01.02.2021, declarate în propriul DUAЕ, deoarece produsele livrate în baza lor (un utilaj multifuncțional și o mașină de pompieri) nu se încadrează în definiția produselor similare enunțată în fișa de date a achiziției. Astfel, în fișa de date a achiziției se menționa că ofertanții trebuie să dețină experiența similară în domeniul care face obiectul contractului, astfel că în ultimii 3 ani, inclusiv până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, aceștia trebuie să fi dus la bun sfârșit un contract pentru furnizarea și livrarea a cel puțin 1 (una) autospecială cu funcționalitate similară, prin autospeciala cu funcționalitate similară înțelegându-se autospeciala destinată ridicării mecanizate a vehiculelor și transportul acestora la locul de depozitare.

De asemenea, autoritatea contractantă mai susține că afirmația contestatoarei, că îndeplinește cerința de calificare prin intermediul contractelor nr. 24/02.09.2021 și nr. 10/01.02.2021, în care a furnizat utilaje de complexitate superioară și prin care demonstrează capacitatea acesteia de a duce la bun sfârșit contractul, nu este nici relevantă și nici nu poate fi susținută, pentru simplul fapt că acestea nu au funcționalități similare produsului care face obiectul procedurii, așa cum s-a solicitat în documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 543/06.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 49358/07.10.2022, ... S.R.L. a transmis Concluzii scrise, prin care reiterează criticile din contestația sa inițială.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, CNSC reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat o procedură simplificată organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect "Furnizare și livrare autospecială pentru ridicat vehicule", cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1111805/01.08.2022.

Preliminar, CNSC constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208421611/1, în valoare de 11.597 lei, CEC BANK – SUCURSALA TIMIȘOARA, la data de 23.09.2022.

Oferta S.R.L. a fost respinsă prin raportul procedurii nr. RP46/16.09.2022, cu următoarea motivare:

"În urma verificării declarațiilor ofertantului din DUAЕ depus, comisia de evaluare a concluzionat că în conformitate cu informațiile

preliminare, acesta si terțul susținător declarat nu îndeplinesc cerințele de calificare privind experienta similara. Oferta a fost respinsa ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (6) din H.G. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, deoarece prin adresa nr. 161/17.08.2022 a fost modificata oferta prin declararea operatorului economic ca subcontractant dupa termenul limita de depunere a ofertelor, aspect ce contravine art. 124, alin.(1) din același act normativ; ca inacceptabilă în baza art. 134 alin.(5) din H.G. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, deoarece raspunsul transmis prin adresa nr. 166/23.08.2022 nu este concludent; ca inacceptabilă în baza art. 137 lit.b). din H.G. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, deoarece nu îndeplinesc cerinta de calificare privind experienta similar.”

Similar, în comunicarea nr. 2272/16.09.2022 a fost menționat:

”Referitor la procedura de atribuire a contractului de „Furnizare si livrare autospeciala pentru ridicat vehicule”, pentru care s-a publicat anunțul de participare nr. SCN1111805/01.08.2022, prin prezenta vă informăm că oferta dumneavoastră a fost respinsa astfel:

- ca inacceptabilă în baza art. 134 alin.(6) din H.G. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, deoarece prin adresa nr. 161/17.08.2022 ati modificat oferta prin declararea operatorului economic ca subcontractant dupa termenul limita de depunere a ofertelor, aspect ce contravine art. 124, alin.(1) din același act normativ;

- ca inacceptabilă în baza art. 134 alin.(5) din H.G. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, deoarece raspunsul dumneavoastra transmis prin adresa nr.166/23.08.2022 nu este concludent;

- ca inacceptabilă în baza art. 137 alin.(2), lit.b) din H.G. 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, deoarece nu îndepliniti cerinta de calificare privind experienta similară.”

Aceste informații, deși precare, i-au permis S.R.L. să își formeze o imagine asupra motivelor de respingere a ofertei, sens în care a și adus numeroase argumente împotriva respingerii, prin contestația sa. Mai mult, ... S.R.L. a primit punctul de vedere din partea autorității contractante și a studiat dosarul cauzei la CNSC, cunoscând în detaliu pentru ce motive i-a fost respinsă oferta.

În consecință, sunt nefondate criticile legate de absența informațiilor necesare, din cuprinsul raportului și al comunicării.

Din DUAЕ, depus de S.R.L. odată cu oferta, rezultă că aceasta participă la procedura de atribuire împreună cu, terț susținător pentru capacitatea tehnică și profesională, experiență profesională, terțul depunând la rândul său DUAЕ, indicând “executarea de livrări de tipul specificat”:

*”Descriere: Ctr.Nr. 049159 - 25.12.2019 - Achizitie autoplatforma
Contractant unic, Pondere 100%
Certificat receptie 27.12.2019*

Curs folosit pentru conversia valorii din Lira turceasca (453 000 LT) la data de 29.07.2022 conform Fisei de date este 0.2701 lei = 1 Lira Turceasca

Valoare: 122355,3

Moneda: RON

Data inceput: 25/12/2019

Data sfarsit: 27/12/2019

Beneficiari:

Potrivit anunțului de participare simplificat SCN1111805:

"I. Ofertantii, subcontractantii si tertii sustinatori nu trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute de art.164, art.165 si art.167 din Legea nr.98/2016

Modalitatea de îndeplinire si aplicabilitatea în cadrul procedurii: Se va completa Documentul Unic de Achizitie Publica (DUAЕ) in SICAP, conform art.193, alin.(1) din Legea nr.98/2016, sub sanctiunea prevederilor art.137 alin.(2) lit.b) din H.G. nr.395/2016;

Nota: DUAЕ trebuie completat si depus de urmatoarele categorii de operatori economic: ofertanti, ofertanti asociati (in cazul asocierilor), subcontractanti propusi, sustinatori (in cazul in care ofertantii fac uz de prevederile art.182 din Legea nr.98/2016).

1.) Pentru contractele de achizitie de bunuri: executarea de livrari de tipul specificat

I. Ofertantii trebuie sa detina experienta similara in domeniul care face obiectul contractului, astfel ca in ultimii 3 ani, inclusiv pana la data limita stabilita pentru depunerea ofertelor, ofertantii trebuie sa fi dus la bun sfarsit un contract pentru furnizarea si livrarea a cel putin 1 (una) autospeciala cu functionalitate similara.

Prin autospeciala cu functionalitate similara se intelege autospeciala destinata ridicarii mecanizate a vehiculelor si transportul acestora la locul de depozitare. - Se va completa in SICAP Documentul Unic de Achizitie Publica (DUAЕ), conform art.193, alin.(1) din Legea nr.98/2016, sub sanctiunea prevederilor art.137, alin.(2), lit.b) din H.G. nr.395/2016;

Nota: DUAЕ trebuie completat de urmatoarele categorii de operatori economici: ofertanti, ofertanti asociati (in cazul asocierilor), sustinatorii (in cazul in care ofertantii fac uz de prevederile art.182 din Legea nr.98/2016). Odata cu oferta, ofertantii au obligatia de a prezenta angajamentul tertului sustinator, insotit de documente anexe la angajament, transmise acestora de catre tertul sustinator, din care sa rezulte modul efectiv in care se va materializa sustinerea."

Potrivit documentelor transmise CNSC de autoritate, ... a depus, pe lângă propriul DUAЕ, angajament ferm "pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea tehnică" și lista principalelor produse furnizate în ultimii 3 ani, în care apare contractul menționat mai

sus, lipsind anexele la angajament cerute din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea.

Această omisiune încalcă nu doar anunțul de participare și fișa de date a achiziției, ci și formularul nr. 13 din documentație – "Angajament privind susținerea tehnică - experiența similară", care cuprinde și următoarele note:

"Nota 1: In sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de catre terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreuna cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAЕ, și se vor constitui în anexe la angajamentul ferm.

Documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm.

Nota 2: Prevederile prezentului formular reprezintă conținutul minim al înțelegerii dintre ofertant și terț cu privire la acordarea susținerii. In cazul în care părțile doresc să stabilească și alte prevederi/drepturi/obligații, vor redacta o înțelegere scrisă separată pe care o vor anexa angajamentului ferm, cu condiția ca aceasta să nu contravină prevederilor prezentului angajament."

Este neîntemeiat argumentul contestatoarei, de la punctul 36, "că decizia autorității contractante de a aplica dispozițiile art. 182 este contrară regulilor aplicabile procedurilor simplificate, neexistând nicio trimitere expresă la aplicarea respectivului".

Pentru a clarifica oferta, prin adresa nr. 2002/16.08.2022, autoritatea contractantă a solicitat S.R.L.:

"Referitor la procedura de atribuire a contractului de „Furnizare si livrare autospeciala pentru ridicat vehicule", pentru care s-a publicat anunțul de participare simplificat nr.SCN1111805/01.08.2022, în baza art.209, alin.(1) din Legea nr.98/2016 coroborat cu art.134, alin.(1) din H.G. nr.395/2016, prin prezenta, formulăm următoarele solicitări de clarificări:

1. Având în vedere prevederile art.182, alin.(4) din Legea nr.98/2016 cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile fișei de date a achiziției, vă solicităm să prezentați documentele (în limba originală și în traducere autorizată) pe care vi le-a transmis terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv prin care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

2. În vederea îndeplinirii cerinței de calificare cu privire la experiența similară, în cadrul DUAЕ, ați declarat contractul nr. 24/02.09.2021 pentru furnizarea unui utilaj multifuncțional și contractul nr.10/01.02.2021 pentru furnizare Mașina pompieri. Având în vedere

definiția experienței similare prezentată în fișa de date a achiziției (Prin autospeciala cu funcționalitate similară se înțelege autospeciala destinată ridicării mecanizate a vehiculelor și transportul acestora la locul de depozitare), vă solicităm să clarificați cum este îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară.

3. În vederea îndeplinirii cerinței de calificare cu privire la experiența similară, în cadrul DUAE, tertul susținător a declarat contractul nr.049159 - 25.12.2019 - Achiziție autoplatformă. Având în vedere definiția experienței similare prezentată în fișa de date a achiziției (Prin autospeciala cu funcționalitate similară se înțelege autospeciala destinată ridicării mecanizate a vehiculelor și transportul acestora la locul de depozitare), dar și faptul că „autoplatforma” este un cuvânt generic ce poate defini o multitudine de tipuri de autospeciale, vă solicităm să clarificați în ce constă obiectul contractului nr.049159 - 25.12.2019.

4. La cap. C - Capacitatea Tehnică și Profesională, secțiunea Proportia de subcontractare din cadrul DUAE, nu ați furnizat nicio informație cu privire la această cerință, așa cum este prevăzut în fișa de date a achiziției.”

..... S.R.L. a răspuns

”Răspuns 1: Vă rugăm să regăsiți atașat prezentului răspuns documentele justificative solicitate. În cadrul adresei bilingve prezentate, producătorul suprastructurii, susține și confirmă faptul că va produce și livra suprastructura solicitată în cadrul prezentei proceduri conform fișei tehnice. De asemenea confirmă încă o dată faptul că își va respecta angajamentul de susținere deja înaintat.

Totodată, ca și dovada suplimentară, cu toate că este confidențială, prezentăm în cadrul prezentului răspuns oferta primită de la furnizorul obținută înainte de data limită de depunere a ofertei.

Răspuns 2: Cele două contracte prezentate în cadrul DUAE, nu sunt prezentate în ideea de a îndeplini cerința de calificare privind experiența similară. Acestea sunt prezentate în ideea de a demonstra că societatea noastră a furnizat în trecut utilaje mult mai complexe din punct de vedere tehnic față de obiectul prezentului contract. Pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară ne-am folosit de contractul nr. 049159 - 25.12.2019 pus la dispoziție de partenerul nostru, contract menționat în DUAE completat de către și de la momentul depunerii ofertei.

Răspuns 3: În cadrul adresei bilingve mai sus menționată și anexată prezentei, producătorul suprastructurii, confirmă în scris faptul că „unul din cele două produse livrate conform contractului nr. 049159/25.12.2022 îl constituie o autoplatformă dotată cu braț macara destinată ridicării și transportului de vehicule”.

Răspuns 4: La cap. C - Capacitatea Tehnică și profesională, secțiunea Proportia de subcontractare din cadrul DUAE nu a fost

prevăzut un procent de subcontractare întrucât am considerat că partenerii au calitatea de furnizor și nu pe cea de subcontractant.

Cu toate acestea, am convenit cu încheierea pe lângă a acordului de susținere și a unui contract de subcontractare pe care îl anexăm prezentei.

Procedăm în acest mod din dorința de a oferi Autorității contractante toate și orice garanții care ar conduce la atingerea gradului cel mai mare de siguranță pentru aceasta și pentru a asigura Autoritatea contractantă de implicarea fermă a acestui producător în derularea în cele mai bune condiții a contractului de achiziție publică. Totodată transmitem prezentului răspuns, documentul DUAE refăcut cu proporția de subcontractare de 33,5% cat si declarația art. 59-60 din Legea 98/2016 din calitatea de subcontractant.

Menționam ca in cadrul documentației prezentate la momentul depunerii ofertei se regăsesc cele doua documente (DUAE si declarația art. 59-60) în calitate de tert sustinator."

Din răspunsul redat, se observă că S.R.L. și-a modificat oferta, în sensul că a devenit și subcontractant, care va executa peste o treime din contractul de furnizare (33,5%). În acest sens, ofertantul a transmis acordul de subcontractare nr. 162/17.08.2022, DUAE refăcut și factura proformă nr. 1034 din 05.08.2022.

Trebuie notat că, prin solicitarea de clarificări de mai sus, nu a cerut S.R.L. să coopteze un subcontractat și nici ca operatorul economic să devină subcontractant.

Ofertantul trebuia să indice care sunt concret resursele tehnice pe care terțul le mobilizează în cazul în care întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, nu să dubleze susținerea cu subcontractarea unei treimi din contractul de furnizare, după data ofertării.

Potrivit prevederilor art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant”, ceea ce înseamnă că dacă S.R.L. nu a declarat niciun subcontractant, nu putea veni în etapa de evaluare a ofertelor cu un subcontractant, chiar dacă el a fost declarat anterior terț susținător.

Doar cu încălcarea art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și cu avantajarea contrară principiului tratamentului egal, statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă putea permite ofertantului să își modifice conținutul ofertei, cooptând un subcontractant nedeclarat inițial. Principiul proporționalității nu are nicio relevanță, câtă vreme legislația interzice modificarea conținutului ofertei prin includerea unui subcontractant.

Nerelevante sunt și argumentele că S.R.L. nu avea obligația să declare de la început că are un subcontractant. Din actele dosarului,

reiese că ofertanta știa de la momentul elaborării ofertei că o parte din contract urmează a fi realizată de, pe care a preferat să îl declare doar terț susținător al experienței similare, fără nicio mențiune față de partea de 33,5% din contractul de furnizare care urma să fie realizată de terțul declarat. Modificarea ofertei în timpul evaluării dovedește lipsa de fermitate a ei.

Contestatoarea însăși a depus factura proformă nr. 1034 din 05.08.2022, anterioară datei ofertării (12.08.2022) și, totodată, a declarat în răspunsul de clarificare nr. 166/23.08.2022 că "factura proformă reflectă angajamentul acestora de a produce și monta suprastructura pe șasiul Renault ce urmează a se livra de către subscrisa". A afirma că nu avea cunoștință despre subcontractarea unei părți din contract contrazice realitatea evidentă.

Cercetarea celorlalte critici formulate de contestatoare este de prisos, întrucât nu poate schimba starea de inacceptabilitate a ofertei.

Văzând cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, CNSC constată caracterul nefondat al contestației S.R.L., motiv pentru care o va respinge.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de S.R.L., în contradictoriu cu

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....