În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ……
Data: ……

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27785/08.05.2024, formulată de Asocierea ....., prin lider de asociere ....., cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CIF ....., reprezentată legal prin administrator ....., împotriva adresei nr. 3903/30.04.2024, reprezentând rezultatul procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr. 2860/29.04.2024, emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ....., s-a solicitat:

„1. Anularea Raportului procedurii Nr. 2860/29.04.2024 și a actelor subsecvente, inclusiv a Comunicării nr. 3903 / 30.04.2024 prin care suntem informați că oferta noastră este declarata neconformă

2. Obligarea autorității contractante la aplicarea măsurilor de remediere indicate în cuprinsul contestației și la reluarea procedurii de evaluare a ofertei noastre".

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... critică adresa nr. 3903/30.04.2024, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire și raportul procedurii nr. 2860/29.04.2024, emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, ... precizează că autoritatea contractantă, prin comisa de evaluare, a considerat oferta asocierii sale ca fiind neconformă, motivat de faptul că d-l ....., administratorul ambelor societăți care au format asocierea ....., a completat în cadrul formularului DUAE, pentru asociatul ....., la secțiunea B *Informații privind reprezentanții operatorului economic*, rubrica *Poziții/acționând în*

calitate de: *„Ofertant asociat”*, în sensul în care, societatea ..... este asociată liderului de asociere, deci acționează în calitate de asociat.

Față de acest aspect, contestatorul apreciază ca fiind abuzivă decizia autorității contractante de declarare a ofertei asocierii .....,, ca fiind neconformă, deoarece asocierea sa a clarificat doar aspectele care i-au fost solicitate, neînțelegând retransmiterea unui DUAE revizuit.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a respins oferta asocierii sale fără să țină cont de ceea ce a solicitat, adică să clarifice o situație care era deja stabilită printr-un acord de asociere, o eroare de scriere de la nivelul DUAE-ului, care, fără tăgadă, putea fi lămurită prin solicitarea unui DUAE revizuit sub aspectele constatate.

În ce privește termenul de răspuns, de 1 zi lucrătoare, contestatorul apreciază că și acesta denotă modul de evaluare al acestei proceduri, în care, prin intermediul solicitărilor de clarificări nu s-a încercat lămurirea unor aspecte considerate neclare, ci mai degrabă inducerea în eroare a operatorului economic prin solicitarea de clarificare a unui aspect neesențial, întrucât acesta era descris în Acordul de asociere prezentat.

Mai semnalează contestatorul faptul că, solicitările de clarificări nu au fost nici clare, nici precise și nu au definit în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei, astfel încât asocierea sa să poată transmite un DUAE revizuit, ci s-a înțeles faptul că trebuie să se clarifice cum d-l ....., ca persoană fizică, este asociat.

În atare situație, contestatorul consideră că este cât se poate de disproporționată decizia de declarare ca neconformă a unei oferte pentru simplul motiv că ofertantul nu a înțeles *de la sine* să transmită DUAE revizuit pentru calitatea aceleiași persoane, administratorul ambelor societăți care compun asocierea.

Date fiind cele anterior expuse, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, precum și celelalte prevederi din prezenta contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 4009/08.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 28386/09.05.2024, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă răspunde criticilor aduse de contestator, precizând că, potrivit procesului verbal nr. 2412/21.03.2024, comisia de evaluare a observat faptul că în cadrul formularului DUAE, prezentat de liderul de asociere ....., este menționat dl ..... ca fiind *„reprezentant împuternicit*" al asocierii, în relația cu autoritatea contractantă, în cadrul prezentei proceduri de achiziție.

Însă, susține autoritatea contractantă, niciunde în documentația postată în cadrul documentelor de calificare, nu se regăsește vreo

împuternicire pentru ca acesta să fie desemnat reprezentant împuternicit al asocierii.

Potrivit achizitorului, comisia de evaluare a solicitat clarificarea acestui aspect, la care ofertantul a răspuns *„în conformitate cu acordul de asociere nr. 48/18.03.2024, art. 4 reprezentantul împuternicit al asocierii este societatea ....., persoana juridică română cu sediul în ..... Societatea este reprezentată de domnul ....., în calitatea acestuia de administrator*".

În ceea ce privește întrebarea nr. 2 din solicitarea de clarificări nr. 2844/03.04.2024, autoritatea contractantă susține că neclaritatea comisiei de evaluare a constat în faptul că, în formularul DUAE prezentat de ofertantul asociat ....., în cadrul secțiunii legate de reprezentanții operatorului economic, se menționează dl ..... ca fiind *„Ofertant asociat”*;

Potrivit achizitorului, analizând răspunsul ofertantului la întrebarea nr. 2, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a înțeles ceea ce autoritatea contractantă a semnalat, anume faptul că o persoană fizică, fie ea și reprezentant al ambelor societăți care depun oferta într-o formă legal constituită, nu poate acționa în cadrul unei proceduri ca fiind ofertant asociat, ci ca reprezentant/administrator/reprezentant împuternicit/director s.a.

În cadrul formularului DUAE prezentat, având în vedere mențiunile ofertantului din răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă este de părere că acesta trebuia desemnat ca fiind reprezentant legal, conform Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

În atare situație, pentru respectarea principiului tratamentului egal între ofertanți și al transparentei, comisia de evaluare, analizând răspunsul la solicitarea de clarificări a ofertantului, a considerat că nu mai este necesară încă o solicitare pentru revizuirea formularului DUAE, având în vedere faptul că ofertantul spune clar în răspunsul său, că a completat corespunzător formularele DUAE.

În ceea ce privește termenul de răspuns, de o zi lucrătoare, potrivit autorității contractante acesta a fost stabilit având în vedere complexitatea redusă a solicitării de clarificări, care nu a implicat prezentarea unor documente eliberate de terțe parți.

Având în vedere argumentele de mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să considere contestația nr. FN/06.05.2024, ca fiind nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 29116/13.05.2024, contestatorul formulează un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, arătând că solicitarea de clarificări nu a fost clară, nesolicitându-i-se depunerea unui DUAE revizuit, ci doar explicații cu privire la persoana dl. ....., răspunsul său lămurind situația deja prezentată în cadrul ofertei, aceea că persona în discuție este administratorul ambelor societăți, așa cum rezultă din acordul de

asociere. Astfel, apreciază contestatorul că a răspuns pe măsura solicitării, justificând modul de constituire al asocierii, al cărei livrabil este acordul de asocierii. În opinia sa, informațiile referitoare la persoana care va semna documentele în numele asocierii sunt relevante din documentele depuse şi există în oferta sa, încă de la stadiul de depunere a acesteia.

În ceea ce privește întrebarea nr. 2, contestatorul arată că autoritatea contractantă recunoaște că informațiile solicitate se regăseau în cadrul ofertei, dar comisia de evaluare a înţeles faptul ca societatea SC ....., conform acordului de asociere prezentat are rolul de Ofertant asociat si a considerat ca o persoana fizica, in cazul de fata, dl. ..... nu poate acţiona in cadrul procedurii de achiziţie cci fiind ofertant asociat, ci ca reprezentant al ofertantului asociat. Comisia de evaluare a considerai aceasta o neconformitate in cadrul formularului DUAE, fără însă a solicita retransmiterea unui DUAE revizuit sub aspectele constatate.

Potrivit contestatorului, autoritatea s-a rezumat la a solicita să clarifice un aspect, iar societatea sa a explicat faptul că dl. ..... este reprezentantul operatorului economic care are calitatea de ofertant asociat la prezenta procedură, calitatea acestuia de semnatar al ofertei, de reprezentant legal al ambelor societăți deja fiind stabilită.

Neconformitățile pe care comisia de evaluare le-a identificat în modul de completare al DUAE-ului sunt aspecte care puteau fi lămurite printr-o solicitare de clarificări privind revizuirea acestuia, fiind inadvertențe de formă care trebuiau analizate şi coroborate cu răspunsul său.

Astfel, contestatorul solicită constatarea caracterului disproporționat al decizie de declarare neconformă ofertei pentru simplul motiv că nu a înțeles de la sine să transmită DUAE revizuit pentru calitatea aceleiași persoane, administratorul ambelor societăți care compun asocierea, dar că, prin răspunsul dat, a explicat situația de fapt, așa cum i-a fost solicitat.

..... a constituit cauțiunea în cuantum de ..... lei prin recipisa de consemnare nr. ..... din data de 09.05.2024, eliberată de CEC Bank – Sucursala ....., fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 1411/10.05.2024.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *Execuție lucrări aferente* ....., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de ..... fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 4

oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 2860/29.04.2024, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, respingerea a 3 oferte și motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și admisibilitatea și desemnarea ofertei depuse de asocierea ..... câștigătoare a procedurii.

Nemulțumit de decizia autorității contractante de respingere a propriei oferte, ..., în calitate de lider al asocierii ....., a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, în fapt, oferta asocierii contestatoare a fost respinsă, ca neconformă, având în vedere următoarele considerente:

În cadrul formularului DUAE prezentat de Asociat, respectiv **.....**, se menționează dl. ..... ca fiind OFERTANT ASOCIAT. Comisia de evaluare consideră că o persoană fizică, în cazul de față dl. ....., nu poate acționa în cadrul procedurilor de achiziții ca fiind ofertant asociat, ci ca reprezentant legal/împuternicit. De asemenea, în cadrul DUAE al liderului de asociere acesta a fost declarat reprezentant împuternicit.

În urma solicitărilor de clarificări, Ofertantul nu prezintă DUAE revizuit; Se declară oferta prezentată de Asocierea ..... ca fiind neconformă, având în vedere abaterile de la modul de completare al formularului DUAE prezentat, precum și lipsa formularului DUAE revizuit în urma solicitării de clarificări cu privire la acesta.

Astfel, se observă că ofertei contestatorului i se impută anumite deficiențe de completare a formularului DUAE, coroborat cu lipsa transmiterii unui DUAE revizuit urmare răspunsului la clarificări al ofertantului.

În soluționare se observă că, în esență, deficiențe semnalate de comisia de evaluare fac referire la informațiile consemnate de ofertant în cadrul DUAE completat de cei doi asociați, la rubrica *Poziție/acționând în calitate de:* din *Partea II Informații referitoare la operatorul economic, lit. B Informații privind reprezentanții operatorului economic*.

Prin adresa nr. 2844/03.04.2024, au fost solicitate clarificări ofertantului, după cum urmează:

- în cadrul formularului DUAE prezentat de liderul de asociere, dl. ..... este desemnat ca fiind reprezentant împuternicit al asocierii în relația cu autoritatea contractanta la prezenta procedura de achiziții. Nu se regăsește în cadrul documentelor formularul de împuternicire pentru acesta. Vă rugăm specificați unde se regăsește acesta în cadrul documentelor de calificare;

- In cadrul formularului DUAE prezentat de Asociat, respectiv **.....**, se menționează dl. ..... ca fiind OFERTANT ASOCIAT. Comisia de evaluare considera ca o persoana fizica, in cazul de fata dl. **.....**, nu poate acționa in cadrul procedurilor de achiziții ca fiind ofertant asociat. De asemenea, in cadrul DUAE al liderului de asociere acesta a fost declarat reprezentant împuternicit. Va rugam clarificați.

În răspunsul său, ofertantul a explicat, făcând trimitere la acordul de asociere regăsit în ofertă, precum și la dispozițiile Legii nr. 31/1990, că dl. ..... este administratorul atât al societății ....., desemnată lider de

asociere, cât și al societății ....., ofertant asociat, iar prin această calitate reprezintă cu puteri depline, semnează în numele și pe seama ambelor societăți, orice fel de act și față de terți, voința juridică exprimată reprezentând voința societăților însăși.

Așa cum rezultă din *procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și documentelor care îl însoțesc*, comisia de evaluare a precizat că ofertantul a clarificat prin răspuns neclaritățile semnalate la prima întrebare, însă, la întrebarea nr. 2 ofertantul nu înțelege mențiunea autoritarii contractante, aceea ca o persoana fizica, fie ea si reprezentant legal al ambelor societăți care depun oferta într-o forma legal constituita, nu poate acționa in cadrul unei proceduri ca fiind ofertant asociat. Ofertant asociat poate fi doar societatea pe care acesta o reprezintă...

Așadar, observă Consiliul că autoritatea contractantă admite faptul că, la întrebarea nr. 2, ofertantul nu înțelege aspectul semnalat prin solicitarea de clarificări, însă, în loc să revină cu o nouă cerere de lămurire, alege să respingă oferta, deși, așa cum rezultă din răspunsul primit, acesta a explicat, în forma considerată oportună, de ce a completat DUAE în maniera semnalată, prin raportare la calitatea de administrator al dlui ..... al ambelor societăți care formează asocierea ofertantă.

Este adevărat că art. 134 din HG nr. 395/2016, stabilesc că în situația primirii unui răspuns neconcludent la o solicitare de clarificări, sancțiunea este respingerea ofertei, însă, în cazul de față, se constată că deficiențele sesizate în cuprinsul formularului DUAE nu afectează nici modalitatea de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție și nici alte aspecte care țin de conformitatea ofertei, ci doar de modul în care ofertantul a ales să completeze rubrica aferentă reprezentantului operatorului economic ofertant, mod care, însă, nu este apt, prin el însuși, să atragă neconformitatea ofertei.

Cu alte cuvinte, faptul că în DUAE aferent ....., s-a precizat că dl. ..... participă în calitate de *ofertant asociat*, nu este în măsură să vicieze într-atât oferta asocierii încât să atragă respingerea ei, mai cu seamă că informații relevante în scopul clarificării acestei erori de completare se regăsesc în acordul de asociere și alte documente care însoțesc acest formular.

În soluționare se mai reține că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAE reprezintă *documentul unic de achiziţii european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în* ***declaraţia pe propria răspundere*** *a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie*.

Or, după cum s-a reținut și mai sus, deficiențele semnalate nu au legătură cu modul de îndeplinire al cerințelor de calificare, ci cu alte aspecte, de natură pur formală, aspecte susținute de alte documente depuse în oferta asocierii.

Întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egală măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

În interpretarea dată principiului proporționalității, CJUE a stabilit în sensul că acest principiu "*impune ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite; înţelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite*".

Concluzionând, Consiliul apreciază că, în acord cu principiul proporționalității, văzând că ofertantul nu a înțeles, pe deplin, cele menționate prin solicitarea de clarificări inițială, autoritatea trebuia să continue procesul de clarificare, inclusiv, prin atenționarea necesității depunerii unui formular DUAE revizuit pentru asociatul ....., în care să fie corectată mențiunea de la rubrica *Poziție/acționând în calitate de:* din *Partea II Informații referitoare la operatorul economic, lit. B Informații privind reprezentanții operatorului economic*, unde dl. ....., administrator al societății, este indicat ca fiind *ofertant asociat*.

Orice altă soluție reprezintă o interpretare excesiv de formalistă a situației sesizate cu referire la oferta asocierii contestatoare, contrară principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, în principal, conform celor ante menționate, principiului proporționalității și impusă tocmai de acesta, și nu poate fi interpretată, în contextul dat, ca nesocotește principiul tratamentului egal.

Celelalte critici formulate de contestator cu referire la termenul de răspuns stabilit prin solicitarea de clarificări sau data la care autoritatea contractantă a ales să publice rezultatul procedurii, neavând relevanță în dezlegarea pricinii, nu vor mai fi analizate.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ....., prin lider de asociere ....., în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 2860/29.04.2024, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite în acord cu dispozițiile legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de Asocierea ....., prin lider de asociere ....., în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 2860/29.04.2024, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite în acord cu dispozițiile legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.