CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., jud. ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva procedurii de atribuire inițiată de către SC ..... SA, cu sediul ....., ..., jud. ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV 90513700-3, s-a solicitat: admiterea contestației; anularea raportului intermediar al procedurii – proces verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz cu factorii de evaluare nr. 48/26.02....., precum și a actelor subsecvente emise/ încheiate ulterior în baza acestuia; anularea procesului verbal nr. 46/21.02..... privind participanții și îndeplinirea cerințelor de calificare; obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun, respectiv respingerea ofertei depuse de SC ...SRL ca fiind neconformă.

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

În fapt, contestatorul precizează că în data de 22.02.2018 entitatea contractantă a încărcat în SICAP procesul verbal nr. 46/21.02..... privind participanții și îndeplinirea cerințelor de calificare. Din cuprinsul procesului verbal rezultă că SC ...SRL a participat la procedura ca

ofertant unic, fără a declara subcontractanți. Ulterior, în data de 26.02.2018 entitatea contractantă a încărcat în SICAP procesul verbal nr. 48/26.02..... privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz cu factorii de evaluare. Astfel, din cuprinsul procesului verbal rezultă că SC ...SRL a fost declarată admisă, considerându-se că a îndeplinit cerințele tehnice ale documentației de achiziție.

Contestatorul invocă prevederile art. 3 alin. (1) lit. zz), precum și cele ale art. 68 alin. (1) lit. a) - b) din Legea nr. 99/2016.

Totodată arată că în fișa de date a achiziției, există prevăzută obligativitatea nominalizării subcontractanților, atunci când este cazul, inclusiv obligativitatea depunerii de către aceștia a documentului DUAE, a mențiunii acestora în DUAE emis de ofertant și a procentului de subcontractare. Potrivit susținerilor entității contractante din cuprinsul proceselor verbale emise după depunerea ofertelor, SC ...SRL nu a nominalizat subcontractanți.

Subliniază că potrivit prevederilor documentației de atribuire, activitățile ce trebuie îndeplinite de ofertant se identifică chiar din lecturarea titlului procedurii, respectiv: încărcare, transport, eliminare deșeuri periculoase din nămol. În menționarea obiectului procedurii din caietul de sarcini, se precizează: *„obiectul achiziției îl constituie achiziționarea serviciului de încărcare, transport și eliminare a deșeurilor nepericuloase (...)”.* La cap. II al caietului de sarcini, Condiții tehnice, se menționează : *„activitatea de încărcare, transport și eliminare a nămolului se va executa în conformitate cu prevederile legale în vigoare: (...) Legea nr. 211/2011”.* Potrivit prevederilor Legii nr. 211/2011, eliminarea deșeurilor este o operațiune de sine stătătoare, fiind reglementată distinct la art. 4 alin. (1) lit. e), art. 19, etc., constând în (potrivit Anexei 1 pct. 12 din același act normativ): *„orice operațiune care nu este o operațiune de valorificare, chiar și în cazul în care una dintre consecințele secundare ale acesteia ar fi recuperarea de substanțe sau de energie*.

Concluzionând, din interpretarea documentației de atribuire și a legislației incidente, contestatorul apreciază că eliminarea deșeurilor este o operațiune distinctă, diferită de încărcarea (colectarea) și transportul deșeurilor. Dacă prin încărcare și transport deșeurile părăsesc facilitățile entității contractante, doar prin eliminarea acestora se îndeplinește cerința legală (Legea nr. 211/2011) potrivit căreia un deșeu generat trebuie să fie ori valorificat (reciclat) ori eliminat și nu abandonat. Pe cale de consecința, colectorul deșeurilor, trebuie să fie autorizat el însuși sau să identifice și să propună alte entități autorizate pentru eliminarea deșeurilor pentru a îndeplini cerințele prezentei proceduri.

Astfel, în speța de față, SC ...SRL, pe de o parte, a menționat că participă în calitate de ofertant unic la procedură și în plus nu a nominalizat subcontractanți pentru activitatea de eliminare a deșeului din nămol iar, pe de altă parte, în oferta tehnică a menționat că deșeul va fi

tratat și ulterior transportat spre eliminare la Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț, așa cum rezultă din procesul verbal nr. 48/26.02.....

Astfel, contestatorul arată că ofertantul SC ...SRL a nominalizat în oferta tehnică o altă entitate economică pentru prestarea serviciului de eliminare a deșeului din nămol, dar fără a o nominaliza în cadrul ofertei (DUAE propriu, etc.) ca fiind asociat/terț susținător/ subcontractant în procedură și fără a depune documente de autorizare a acesteia emise de organismele de mediu.

Lipsind această nominalizare, precum și documentul DUAE pentru eliminatorul propus, iar eliminatorul nominalizat fiind de fapt un subcontractant în procedură, contestatorul consideră că ofertantul nu îndeplinește cerințele tehnice, întrucât nu a demonstrat îndeplinirea cerințelor de calificare pentru subcontractant pe de o parte, iar pe de altă parte, nefiind considerat Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț un subcontractant, nu a demonstrat îndeplinirea cerințelor tehnice întrucât nu este autorizat și calificat în a presta el însuși serviciul de eliminare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 7925/04.03....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205285249/2, tranzacția nr. 833839255/1578205494, din data de ....., eliberată de CEC Bank – Unitatea: Sucursala ....., în cuantum de 2.240 lei, pe seama și la dispoziția CNSC.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”.

Prin adresa nr. 577/06.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 8504/07.03....., entitatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Cu privire la criticile formulate de contestator referitor la faptul că ofertantul SC ...SRL nu a declarat prin DUAE și propunerea tehnică subcontractant, entitatea contractantă precizează următoarele:

- în ceea ce privește activitatea de eliminare a deșeurilor nepericuloase contestatorul o considera o operațiune de sine stătătoare, în realitate în caietul de sarcini s-a cerut ca eliminarea deșeului nepericulos să se realizeze prin orice metodă, ofertantul obligându-se să prezinte un certificat final de eliminare a deșeului nepericulos „*Prestatorul va preda*

certificatul final de eliminare a deșeurilor nepericuloase după predarea deșeului";
- SC ...SRL a prezentat Autorizația de Mediu nr. 22 din 08.08.2012, cu termen de valabilitate de 10 ani, revizuită în data de 29.01.2013 și în data de 28.05.2014, emisă de Agenția Națională pentru Protecția Mediului care cuprinde următoarele activități: tratare și eliminarea deșeurilor nepericuloase cod CAEN 3821; transport rutier de mărfuri cod CAEN 4941; colectarea deșeurilor nepericuloase cod CAEN 3811, cu precizarea că are capacitatea și dotările necesare eliminării deșeurilor nepericuloase și va preda entității contractante certificatul final de eliminare a deșeurilor nepericuloase după procesarea și eliminarea finală a deșeului colectat. Codul deșeului ..... în urma tratării este 19.03.05, deșeul fiind eliminat prin predare către Serviciul Public de administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor din Județul Neamț, cu care are încheiat contractul nr. 598 din 10.06.2016;
- Sistemul de Management Integrat al deșeurilor din Județul Neamț este unitate înființată conform legii ce are obligația primirii spre depozitare a deșeurilor de către orice persoană fizică sau juridică.

În ceea ce privește susținerea contestatorului că nu a prezentat lista cu subcontractanți, entitatea contractantă subliniază că de fapt ofertantul SC ...SRL enumeră un contract care nu este încheiat numai pentru depozitarea deșeurilor rezultate din activitatea entității contractante, ci un contract general permanent, de aici rezultă că de fapt Serviciul Public de administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în Județul Neamț nu este un subcontractant. Se constată că ofertantul, SC ...SRL contestat, îndeplinește toate condițiile de calificare cerute prin documentația de atribuire.

În consecință, entitatea contractantă consideră nefondata solicitarea contestatorului de a declara oferta depusa de SC ...SRL ca fiind neconformă și solicită respingerea contestației.

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

SC ..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....", cod CPV 90513700-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../ ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 112.000 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut".

Având în vedere criticile contestatorului SC ..... SRL privind oferta aparținând SC ...SRL, pe care o consideră ca fiind neconformă deoarece nu ar fi declarat în cadrul DUAE subcontractantul pentru activitatea de eliminare deșeuri nepericuloase, Consiliul în soluționarea prezentei cauze se va raporta atât la prevederile documentației de atribuire cât și legislația specifică în domeniu.

Astfel, Consiliul reține că, potrivit secțiunii II.2.4 „*Descrierea achiziției publice*” din anunțul de participare simplificat, entitatea contractantă urmează să achiziționeze serviciul de: **încărcare**, **transport** și **eliminarea deșeurilor nepericuloase** din nămol cu umiditate maxim 65%, cantitatea estimată pentru un an fiind de 160.000 kg, iar realizarea încărcării, transportului și eliminării deșeului se va face în conformitate cu legislația menționată în caietul de sarcini.

Consiliul reține ca fiind relevantă în soluționarea prezentei cauze și dispozițiile din instrucțiunile pentru ofertanți publicate, în SICAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[...../ 00001] FisaDate_DF1039197.pdf”, referitoare la „susținători”, după cum urmează:

„III.1) Condiții de participare:

III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Cerința 1: Declarație pe propria răspundere a ofertantului/ ofertantului asociat/terțului susținător/Subcontractantului că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art.177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016. Declarația va consta în obligativitatea completării și depunerii Formularului DUAE.

Cerința 2: Declarația ofertantului / ofertantului asociat / terțului susținător / Subcontractantului privind neîncadrarea în prevederile art. 73 din Legea Nr. 99/2016. Declarația va consta în obligativitatea completării și depunerii Formularului DUAE.

Modalitatea de îndeplinire:

Se vor completa cerințele corespunzătoare în formularul DUAE în conformitate cu prevederile de la secțiunea a 7-a Document Unic de achiziție european E-Certis, din Legea nr. 99/2016 (completat conform link: https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd/filter). DUAE se va completa și se va depune odată cu oferta, în SEAP, până la data și ora limită de depunere oferte.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, formulate în conformitate cu prevederile art. 205 din Legea nr. 99/2016, doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, conform criteriului de atribuire.

Operatori economici, atunci când vor completa informațiile solicitate, nu au dreptul de a modifica formatul documentului, respectiv să intervină asupra cerințelor bifate de entitatea contractantă.

Aceste documente pot fi:

a) certificat constatator privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (bugetul local, bugetul de stat etc.) la momentul prezentării;

b) cazier judiciar al operatorului economic și al membrilor organelor de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia așa cum rezultă din certificatul emis de ONRC/actul constitutiv,

c) după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 179 alin (2), art. 180 alin. (2), art. 184 din Legea nr. 99/2016.

d) orice alte documente edificatoare, relevante în susținerea cerinței, după caz.

Cerințele privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 177, art. 178, art. 180 și art. 73 din Legea nr. 99/2016 se vor completa de către fiecare membru al asocierii, în cazul în care oferta este depusă de o asociere, precum și de către fiecare dintre subcontractanții declarați, sau terții susținători, dacă este cazul.

Pentru persoanele juridice străine se vor prezenta documente edificatoare eliberate de autorități competente din țara în care aceștia sunt rezidenți. Documentele vor fi prezentate în traducere în limba română.

Nedepunerea DUAE odată cu oferta a DUAE din partea asociatului/terților susținători/subcontractanților dă dreptul entității economice de a solicita clarificări în conformitate cu art. 202 alin. (2) și alin. (3) din Legea 99/2016".

De asemenea, Consiliul reține că, în soluționarea prezentei cauze sunt aplicabile prevederile art. 68 și art. 202 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, care stipulează că:

- art. 68: *„(1) Entitatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:*

a) partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze; și

b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

(2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire.

- art. 202 alin. (3): *„În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată, și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe ale căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1)*

lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe ale căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)".

Din interpretarea textelor legale și a documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă că, ofertanții au obligația de a nominaliza în cadrul DUAE subcontractanții, de a oferi informații privind partea din contract care potrivit ofertei tehnice urmează a se subcontracta și să anexeze acordul de subcontractare. De asemenea, rezultă fără echivoc că, la rândul lor subcontractanții au obligația de a completa separat DUAE și de a menționa activitățile ce urmează a le presta și autorizațiile aferente acesteia. Cerințele din fișa de date a achiziției cu privire la modul de întocmire/completare a DUAE sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de entitatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă entității în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 129 - 130 din HG nr. 394/2016) cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile și cerințele tehnice ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În soluționare, Consiliul va reține că potrivit art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016, sintagma „***subcontractant***" este definită ca „***orice operator economic*** *care nu este parte a unui contract de achiziție publică și* ***care*** *execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori* ***îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică****, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*" iar, potrivit alin. (1) lit. ii) al aceleiași norme juridice, sintagma „*operator economic*" este definită ca „*orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane, care este autorizată conform prevederilor art. 207 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entități*".

Având în vedere faptul că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei are drept obiect *„încărcare, transport și **eliminare deșeuri** nepericuloase*”, Consiliul va reține în soluționare și prevederile punctului 12 din Anexa nr. 1 la Legea nr. 211/2011, potrivit căruia semnificația termenului *„eliminare*” este *„orice operațiune care nu este o operațiune de valorificare, chiar și în cazul în care una dintre consecințele secundare ale acesteia ar fi recuperarea de substanțe sau de energie. Anexa nr. 2 la lege stabilește o listă a operațiunilor de eliminare, listă care nu este exhaustivă*”.

Analizând Anexa nr. 2 la Legea nr. 211/2011, Consiliul va reține, cu titlu de exemplu, că printre operațiunile de eliminare enumerate exemplificativ de către legiuitor se regăsesc atât *„D1 - depozitarea în sau pe sol, de exemplu, depozite de deșeuri și altele asemenea*” cât și operațiunile preliminare depozitării, cum ar fi *„D 9 - tratarea fizico-chimică neprevăzută în altă parte în prezenta anexă, care generează compuși sau mixturi finale eliminate prin intermediul uneia dintre operațiunile numerotate de la D 1 la D 12, de exemplu, evaporare, uscare, calcinare și altele asemenea*” sau *„D 13 - amestecarea anterioară oricărei operațiuni numerotate de la D 1 la D 12. În cazul în care nu există niciun alt cod D corespunzător, aceasta include operațiunile preliminare înainte de eliminare, inclusiv preprocesarea, cum ar fi, printre altele, sortarea, sfărâmarea, compactarea, granularea, uscarea, mărunțirea uscată, condiționarea sau separarea înainte de supunerea la oricare dintre operațiunile numerotate de la D 1 la D 12*”.

Procedând la analiza propunerii tehnice depusă de SC ...SRL, Consiliul reține că, în metodologia de execuție, la pag. 66 din dosarul achiziției, acest ofertant a precizat modul în care va vor fi prestate serviciile de eliminare a deșeurilor, respectiv faptul că SC ...SRL va presta serviciile de tratare a nămolului cu echipamentele din dotarea sa și va preda deșeurile stabilizate rezultate din tratare către un alt operator economic respectiv Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul reține că, activitatea de eliminare prevăzută la punctul D1 *„depozitarea în sau pe sol, de exemplu, depozite de deșeuri și altele asemenea*” din Anexa nr. 2 la Legea nr. 211/2011 va fi prestată în cadrul prezentului contract de către Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț conform ofertei depusă de SC ...SRL, de unde rezultă faptul că operatorul economic Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț are calitatea de subcontractant în cadrul ofertei depusă de SC ...SRL.

Or, din analiza DUAE a ofertantului SC ...SRL, Consiliul constată că, acesta a menționat că participă în calitate de ofertant unic, nefiind nominalizat nici un subcontractant în condițiile în care, în cadrul propunerii tehnice al aceluiași ofertant, acesta din urmă a menționat

faptul că activitatea de eliminare a deșeului ..... se va face de către Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț în baza contractului nr. 598/10.06.2016 (a se vedea pag. 66 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei – metodologia de execuție).

Mai mult, Consiliul constată și lipsa DUAE din partea subcontractantului care asigură eliminarea deșeului.

Legiuitorul nu a prevăzut în cadrul legislației aplicabile în materie, posibilitatea de a participa la o procedură de achiziție publică prin depunerea/completarea doar a unei părți sau fragmente din DUAE, de unde rezultă că prezentarea acestui document în integralitatea lui este o condiție obligatorie sine qua non, și nu una opțională.

Consiliul va reține faptul că riscul întocmirii/completării integrale a DUAE la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al netransmiterii integrale a DUAE, potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care entitatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți denumite generic *„Fișa de date*” modul de întocmire/completare a acestuia.

Sub acest aspect, Consiliul reține că, în condițiile existenței prevederilor legale menționate anterior, precum și a dispozițiilor neechivoce din documentația de atribuire, lipsa întocmirii/completării integrale a DUAE de către ofertantul SC ...SRL echivalează cu însăși lipsa transmiterii documentului în cauză.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante, Consiliul constată că, potrivit exigențelor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale, principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării procedurii simplificate sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea.

De asemenea, în condițiile art. 62 din același act normativ, entitățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Or, plecând de la această premisă, dacă entitatea contractantă ar fi procedat la o solicitare de clarificări pentru a-i oferi contestatorului posibilitatea de a-și remedia propria eroare/omisiune, ar fi însemnat ca entitatea contractantă să încalce unul dintre principiile fundamentale care stă la baza legislației achizițiilor sectoriale, respectiv principiul

tratamentului egal între ofertanți. Hotărârea CJUE din data 10 octombrie 2013 pronunțată în cauza C 336/12, statuează în acest sens că:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41).

38 Această concluzie, care privește ofertele prezentate de ofertanți, poate fi transpusă în cazul dosarelor de candidatură depuse în cadrul etapei de preselecție a candidaților la o procedură restrânsă.

39 Astfel, autoritatea contractantă poate solicita ca datele care figurează într-un astfel de dosar să fie corectate sau completate

punctual, în măsura în care o asemenea cerere privește elemente sau date, precum bilanțul publicat, a căror anterioritate în raport cu expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv.

40 Cu toate acestea, trebuie precizat că situația ar fi diferită dacă documentele contractului ar impune comunicarea înscrisului sau a informației care lipsește sub sancțiunea excluderii. Astfel, revine autorității contractante sarcina de a respecta cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec., p. I 3801, punctul 115).

(...)

42 Având în vedere considerațiile de mai sus, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că principiul egalității de tratament trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca o autoritate contractantă să solicite unui candidat, după expirarea termenului acordat pentru depunerea candidaturilor la un contract de achiziții publice, comunicarea unor documente care descriu situația acestui candidat, precum bilanțul publicat, a căror existență înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv, în măsura în care documentele contractului respectiv nu au impus în mod explicit comunicarea lor sub sancțiunea excluderii candidaturii. O astfel de solicitare nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată".

Astfel, orice decizie a entității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

În soluționare, Consiliul va reține și următoarele aspecte:

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"*.

Legiuitorul român în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09.2017 (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. 221 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016 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. 202 din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia *„(1) Entitatea contractantă acceptă* ***<u>la momentul depunerii (...) ofertelor</u>*** *DUAE, care constă 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 dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180;

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

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

Relevante sunt și dispozițiile art. 72 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V secțiunea a 7-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 II Informații referitoare la operatorul economic, legiuitorul comunitar a stabilit în funcție de criteriul de calificare ales de entitatea contractantă următoarele reguli:

- fie prin aplicarea unei simple bife de tipul DA/NU (cum este cazul criteriului nr. 5 de la secțiunea A *„Operatorul economic este o microîntreprindere, o întreprindere mică sau o întreprindere mijlocie? []DA []NU*"),

- fie obligativitatea formulării unui răspuns elaborat conform unui șablon standard/prestabilit, cum este cazul secțiunii D *„Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează*", în care operatorii economici trebuie să enumere subcontractanții propuși în măsura în care sunt cunoscuți, cu nota *„dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă solicită în mod explicit aceste informații, în plus față de informațiile din prezenta secțiune, vă rugăm să furnizați informațiile solicitate în secțiunile A și B din această parte și din partea III pentru fiecare dintre subcontractanții (categoriile de subcontractanți) în cauză*".

Astfel cum s-a reținut anterior, SC ...SRL nu a completat în documentul său DUAE nicio informație privind subcontractantul Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț și nici nu a furnizat pentru acesta din urmă un DUAE distinct, astfel cum a solicitat entitatea contractantă la

secțiunea III.1) *„III.1) Condiții de participare*” din anunțul de participare simplificat.

Față de aceste aspecte Consiliul constată că omisiunea ofertantului SC ...SRL a furniza în declarația DUAE informațiile privind subcontractantul său și lipsa în totalitate a unui DUAE distinct pentru Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al deșeurilor în județul Neamț 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.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să solicite și nici să accepte completarea declarației DUAE a ofertantului SC ...SRL cu informațiile privind subcontractantul său și nici depunerea ulterioară a declarației DUAE pentru acesta, înscrisuri care nu au fost depuse conform precizărilor exprese din documentația de atribuire până la data limită de depunere a ofertelor, având în vedere că prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 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 entitatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de elaborare a ofertei și de completare a DUAE.

Prin urmare, transmiterea incompletă a DUAE de către ofertant și lipsa transmiterii DUAE din partea subcontractantului nu este doar o abatere minoră și formală așa cum pretinde entitatea contractantă ci constituie un viciu serios cu consecințe dintre cele mai importante fiind sancționată cu respingerea ofertei ca inacceptabilă în conformitate cu dispozițiile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, care stipulează următoarele: *„În condițiile art. 228 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 cerințele stabilite de entitatea contractantă”.*

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a documentelor prezentate de ofertanți și de stabilire a ofertelor inacceptabile și admisibile așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. b), j) și k) din HG nr. 394/2016,

Consiliul constată că această verificare, așa cum a fost efectuată de entitatea contractantă nu respectă regulile și principiile care guvernează legislația specifică în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei aparținând SC ...SRL este întemeiată urmând a fi admisă.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, urmează să admită contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA, să anuleze procesul verbal nr. 46/21.02..... privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc și îndeplinirea cerințelor de calificare precum și actele subsecvente acestuia și să oblige entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a legislației specifice în materie și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

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

DISPUNE:

Admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA, anulează procesul verbal nr. 46/21.02..... privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc și îndeplinirea cerințelor de calificare precum și actele subsecvente acestuia și obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a legislației specifice în materie și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.