

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. din data de, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de ora, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de, și depusă la serviciul de curierat rapid Fan Courier Express în data de (AWB:), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de, formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, reprezentată legal de, în calitate de administrator, și convențional de, cu sediul profesional în, acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria nr. din data de, depusă în original la dosarul cauzei, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică comunicat prin adresa nr. ... din data de, împotriva raportului procedurii de achiziție publică nr. din data de, precum și împotriva tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora, emise de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție de lucrări, având ca obiect, cod CPV principal 45214200-2 Lucrări de construcții de instituții școlare (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea adresei nr. din privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii nr. din ..., precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către

- obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea cauzei, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei;

- încuviințarea accesului la documentele dosarului constituit la Consiliu în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR 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 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. din data de, înregistrată la Consiliu cu nr. din data de, ..., în calitate de ofertantă la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție de lucrări, având ca obiect, inițiată prin publicarea în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare *SEAP*, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare din data de, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta având în vedere faptul că nu ar fi fost dovedită calitatea de terț susținător (deși calitatea de subcontractant declarat era evidentă), fiind ignorate cerințele documentației de atribuire și prevederile legale reglementate tocmai pentru o asemenea situație.

Apreciază că măsura de respingere a ofertei este nelegală și netemeinică întrucât:

A. Acordul de subcontractare și DUAЕ, depuse în cadrul ofertei, sunt suficiente pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară

Consideră că raționamentul autorității contractante este profund nelegal și netemeinic având în vedere că:

1. Acordul de subcontractare încheiat cu reprezintă, în același timp, și angajament ferm, iar subcontractantul pe a cărui experiență similară se bazează pentru îndeplinirea cerinței de calificare este considerat automat și terț susținător, fapt pentru care, în realitate, aceasta a demonstrat și calitatea de terț susținător a

Arată că în acest sens sunt relevante dispozițiile art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016, îndrumarea ANAP privind instituția „terț susținător”, dispozițiile art. 185 din Legea nr. 98/2016, cerința de calificare privind experiența similară din secțiunea III.1.3.a) [Capacitatea tehnică și/sau profesională] din fișa de date.

Menționează că simpla depunere a acordului de subcontractare și a DUAЕ completat cu informațiile relevante este suficientă pentru demonstrarea și a calității de terț susținător a subcontractantului pe a cărui capacitate ofertantul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor, în aplicarea dispozițiilor legale și a documentației de atribuire.

Susține că s-a bazat pe experiența similară a subcontractantului pentru îndeplinirea cerinței de calificare, autoritatea contractantă având la dispoziția sa atât DUAЕ completat cu informații relevante pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, cât și acordul de subcontractare, elaborat potrivit documentației de atribuire.

2. Neindicarea calității de terț susținător a poate fi, cel mult considerată o inadvertență de formă, remediabilă urmare a unei solicitări de clarificare explicite în acest sens.

Apreciază că dat fiind faptul că din DUAЕ-urile depuse rezultă explicit că cerința privind experiența similară a fost demonstrată prin contractele propuse de către, eventuala omisiune de a indica în cadrul DUAЕ și calitatea de terț susținător a reprezintă o inadvertență de formă ce poate fi remediată urmare a unei simple clarificări.

Subliniază faptul că nici dispozițiile legale și nici cerințele documentației de atribuire nu impun ofertantului obligația de a indica calitatea de terț susținător a subcontractantului pe care și-a bazat demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, fapt pentru care măsura respingerii ofertei este nelegală și netemeinică.

3. Dacă era respins de către autoritatea contractantă, se impunea înlocuirea acestuia, nicidecum respingerea ofertei.

Contestatoarea arată că:

a. La momentul publicării documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit explicit că un ofertant poate să se bazeze pe capacitatea subcontractanților pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, iar dacă subcontractantul este respins, se va solicita înlocuirea acestuia.

b. Măsura de respingere a ofertei fără a se solicita înlocuirea subcontractantului/terțului susținător contravine, aşadar, chiar cerințelor fișei de date.

B. Cerința experienței similare este respectată de către, toate elementele impuse prin cerințele fișei de date regăsindu-se în DUAE completat de către

Apreciază că măsura respingerii ofertei sale este nelegală și netemeinică, încălcând, totodată, și principiul proporționalității atât timp cât autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata îndeplinirea cerinței.

1. În cadrul DUAE completat de către se regăseau toate elementele necesare pentru ca autoritatea contractantă să constate îndeplinită cerința, respectiv:

- Contractul nr. 1: (i) valoarea Euro fără TVA (echivalentul a lei fără TVA la cursul mediu 1 Euro = 4,4450 lei din anul semnării contractului), (ii) Beneficiarul -, (iii) data și numărul documentului - Contractul de achiziție publică nr. din pentru efectuarea lucrărilor de securizare a Școlilor „.....”, precum și (iv) ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil - 100% lucrări executate de către

- Contractul nr. 2: (i) valoarea Euro fără TVA (echivalentul a lei fără TVA la cursul mediu 1 Euro = ... lei din anul semnării contractului), (ii) Beneficiarul -, (iii) data și numărul documentului - Contract nr. din - Lucrări de restaurare a fațadelor interioare și exterioare ale, în scopul realizării în siguranță și valorificării întregului, precum și (iv) ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil - 100% lucrări executate de către care au implicat, în esență, lucrări de reabilitare clădire, cu realizare lucrări de tâmplărie exterioară, tencuieli, vopsitorii și pardoseli interioare; lucrări de structură de rezistență, consolidări și fundații, pereți, înlocuire planșee; lucrări de refacere tencuieli și pardoseli; lucrări de sistematizare verticală; amenajare curți interioare, executate conform normelor profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit.

2. Autoritatea contractantă a respins, în mod nelegal și netemeinic, oferta, cu toate că inclusiv în DUAE completat de către ofertant se indica explicit că experiența similară este îndeplinită prin contractele propuse de către, ce se regăseau descrise în DUAE completat de acesta.

Apreciază că întrucât din DUAE depus în cadrul ofertei rezultă explicit toate elementele impuse prin documentația de atribuire, măsura de respingere a ofertei este nelegală și netemeinică, ofertantul demonstrând, în realitate respectarea cerinței privind experiența similară.

C. Nu a fost adresată nicio clarificare privind posibilitatea demonstrării și a calității de terț susținător al (motivul pentru care,

de fapt, oferta a fost respinsă). nu a avut posibilitatea de a demonstra îndeplinirea cerinței pretins nerespectate

a) nu a solicitat în niciun moment clarificarea/lămurirea calității pe a cărei experiență similară fundamentează îndeplinirea cerinței din fișa de date.

Autoritatea contractantă a formulat o singură solicitare de clarificare a experienței similare, însă întrebările adresate vizau, generic/global, modalitatea de îndeplinire a cerinței", iar răspunsul nu putea viza alte aspecte pe care, eventual, autoritatea contractantă și-ar fi dorit să le clarifice, întrucât nu poate și nici nu trebuie să anticipeze ce, de fapt, este de interes pentru comisia de evaluare.

b) față de motivul pentru care oferta a fost respinsă, autoritatea contractantă nu a formulat nicio clarificare clară și detaliată, cum în mod expres obligă dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016, principiul proporționalității și jurisprudența relevantă incidentă.

c) posibilitatea de a demonstra îndeplinirea cerinței privind experiența similară este obstrucționată dacă, în momentul în care consideră că există nelămuriri, autoritatea contractantă nu solicită clarificări față de situația constatată.

Apreciază că prin restrângerea dreptului de a justifica modalitatea în care a înțeles să probeze experiența similară, în realitate, se restrânge și posibilitatea acestuia de a participa la procedura de atribuire.

d) jurisprudența este unanimă în a susține obligația autorității contractante de a se edifica asupra situației reale intervenite anterior respingerii unei oferte din procedura de atribuire prin transmiterea unei clarificări ofertantului (Decizia nr. 2267 din 16.11.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama Jacek Lipik).

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 101/2016.

În probațiune, sunt depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulate de

Autoritatea contractantă arată că a depus ofertă în calitate de ofertant și a subcontractat un procent de 17,01% din valoarea totală ofertată, către 5 operatori economici, respectiv a subcontractat către:

- un procent de 1,71% prin raportare la valoarea totală ofertată, pentru execuție lucrări Instalații curenți slabi și semnalizare, avertizare și detecție incendiu - Achiziție și montaj, conform acordului de subcontractare nr.;

- un procent de 0,21% prin raportare la valoarea totală ofertată, pentru execuție lucrări Montaj centrale termice, conform acordului de subcontractare nr.;

- un procent de 11,25% prin raportare la valoarea totală ofertată, pentru execuție lucrări Instalații electrice curenți tari, Instalații sanitare. Instalații termice, Instalații limitare și stingere incendiu, conform acordului de subcontractare nr.;

- un procent de 3% prin raportare la valoarea totală ofertată, pentru execuție lucrări Arhitectură (parțial), conform acordului de subcontractare nr.;

- un procent de 0,84% prin raportare la valoarea totală ofertată, pentru execuție lucrări Instalații desfumare, conform acordului de subcontractare nr.; iar în documentul DUAЕ depus a specificat la secțiunea C: *Capacitatea tehnică și profesională* că cerința privind experiența similară pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat este asigurată de subcontractantul

Aceasta arată că având în vedere prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 a luat în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus de către pentru partea sa de implicare, în procent de 3% din valoarea totală ofertată, conform DUAЕ depus de către subcontractantul și a acordului de subcontractare nr.

Prin urmare, susține că legislația prevede foarte clar că un ofertant poate îndeplini cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională prin subcontractant fără a fi necesar prezentarea unui angajament ferm de terț susținător, acordul de subcontractare reprezentând în acest caz și angajamentul ferm de susținere pentru partea sa de implicare în contract.

Subliniază faptul că autoarea contestației scoate din contextul legii sintagma "*pentru partea sa de implicare*" dând un nou înțeles textului legii, respectiv rescrie articolul 172 alin. (4) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, în beneficiul propriu pentru a corespunde cerințelor de calificare din fișa de date III.1.3.a).

Apreciază că a oferit detalii clare, complete și suficiente privind modul de prezentare a ofertei și modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare prin formularea cerințelor în conformitate cu prevederile Legii 98/2016.

Arată că datorită faptului că ofertantul a prezentat, pentru îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire referitoare la experiența similară pentru componenta execuție lucrări, doar contractele realizate de către subcontractantul ce va executa în cadrul contractului de lucrări aferente proiectului: „.....” executarea parțială a lucrărilor de arhitectură, autoritatea contractantă, prin adresa nr., a solicitat clarificări privind modalitatea de îndeplinire a cerinței privind experiența similară pentru executarea lucrărilor de tipul celor solicitate.

Precizează că ținând cont de documentele depuse și de răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a considerat oferta depusă

de ca fiind inacceptabilă, precizând în comunicarea rezultatului că cerința cu privire la experiența similară, fișa de date, Cap. III.2.3.a) nu este îndeplinită deoarece subcontractantul poate îndeplini cerința privind experiența similară în executarea de lucrări de tipul specificat doar pentru partea sa de implicare, conform art. 172 alin. (4) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă consideră că nu a impus operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1) din art. 172, mai mult, a avut în vedere respectarea principiului transparenței, ținând cont de prevederile art. 3 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 5 și alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017, pentru experiența similară în ceea ce privește execuția lucrărilor solicitând la modul general "Prin lucrări similare autoritatea contractantă înțelege lucrări de reabilitare/construcție/extindere similare sau superioare din punct de vedere ai complexității și scopului cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri, domeniul 1. construcții civile/industriale/agrozootehnice.", întocmai pentru a nu limita participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

Arată că în speța de față sunt relevante prevederile art. 172 alin. (4), art. 179 și 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., urmare studierii dosarului achiziției, cât și a punctului de vedere formulat de către autoritatea contractantă, ..., a transmis documentul "Note scrise".

Aceasta menționează că însuși punctul de vedere al autorității contractante reflectă inexistența unor argumente pertinente în a susține motivul pentru care oferta a fost respinsă din procedura de atribuire; invocarea unor noi raționamente demonstrează, de fapt, superficialitatea cu care a fost evaluată oferta și informațiile aflate la dispoziția sa.

Reiterează faptul că, în esență, calitatea de terț susținător se impune a fi reținută în aplicarea dispozițiilor legale, a interpretărilor ANAP, cât și a cerințelor documentației de atribuire; o simplă solicitare de clarificare clară, precisă și neechivocă ar fi preîntâmpinat aplicarea celei mai drastice măsuri, în mod nejustificat. Reevaluarea solicitată este singura măsură aptă să restabilească legalitatea acestei proceduri de atribuire.

Urmare notelor scrise nr. depuse de, ... a transmis documentul "Punct de vedere" nr., înregistrat la Consiliu cu nr.

Față de aspectele învederate de contestatoare, autoritatea contractantă formulează observații punctuale.

Menționează că motivul declarării ofertei ca inacceptabile nu a avut la bază respingerea operatorului ca subcontractant, așa cum contestatoarea menționează artificial în cadrul notelor scrise, că oferta în totalitate depusă de

Aceasta apreciază că autoarea contestației face diferența între noțiunile de subcontractant și terț susținător, noțiuni clar definite de art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă susține că nu a putut demonstra în drept și fapt calitatea de terț susținător, fapt ce a atras după sine declararea ofertei ca inacceptabile.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ..., a transmis documentul "Note scrise".

Menționează că notele scrise reflectă câteva argumente punctuale formulate în raport cu punctul de vedere, transmis de către autoritatea contractantă, respectiv:

a) Adresarea unei solicitări de clarificări generice, care nu definește în mod explicit și suficient de detaliat în ce constau, de fapt, lămuririle dorite, nu poate avea drept consecință sancționarea cu respingerea din procedura de atribuire.

b) Nici revenirea cu o nouă solicitare de clarificări și nici depunerea angajamentului ferm nu conduc la favorizarea; un astfel de demers este prevăzut de cerințele fișei de date, fiind, așadar, adus la cunoștința tuturor ofertanților anterior depunerii ofertelor și permis.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de lei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție de lucrări, având ca obiect, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare din data de, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului fiind de lei, fără TVA.

În calitate sa de participantă la procedura de achiziție publică în cauză, ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. din data de (vol. 4/6 – fila 2649 – dosarul achiziției) prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție publică. În adresă se precizează că oferta este inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, motivat

de faptul că ofertanta nu a demonstrat că în ultimii 5 ani a executat lucrări similare în valoare cumulată de cel puțin lei fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante, comunicată prin adresa nr. din data de (vol. 4/6 – fila 2649 – dosarul achiziției), precum și împotriva raportului procedurii de achiziție publică nr. din data de (vol. 4/6 – fila 2647 – dosarul achiziției), ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- anularea adresei nr. din privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii nr. din, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către

- obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea cauzei, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei;

- încuviințarea accesului la documentele dosarului constituit la Consiliu în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Cererea de acces la documentele dosarului constituit la Consiliu a fost admisă, astfel cum rezultă din invitația la sediul Consiliului nr., precum și din următoarele documente:

- împuternicirea fără număr de înregistrare din data de, depusă la dosar în data de, prin care împuternicește pe dl. să participe la studiul dosarului Nr., la sediul CNSC;

- cererea dl. de eliberare copii xerox din data de

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, prin instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la *Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, capitolul III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE:*, punctul *III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*, s-a solicitat îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară astfel:

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Declarație privind principalele lucrări executate în ultimii 5 ani, inclusiv până la data limită de depunere a ofertelor, din care să rezulte că ofertantul a executat lucrări în valoare cumulată de cel puțin 6.499.635 lei fără TVA. Pentru demonstrarea experienței similare se va prezenta o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani la nivelul DUAE și nu ca document distinct.

Prin lucrări similare, autoritatea contractantă înțelege lucrări de reabilitare/construcție/extindere similare sau superioare din punct de

vedere al complexității și scopului cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri, domeniul I. construcții civile/industriale/agrozootehnice.

Modalitatea de îndeplinire:

Completare DUAЕ. La nivelul DUAЕ trebuie precizate informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, valoarea, beneficiarul, data și numărul documentului, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil.

În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul/ofertantul asociat/terțul/terții susținători va/vor completa DUAЕ - "Criteriile de selecție" - "Capacitatea tehnică și profesională" accesând <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter> și <https://ec.europa.eu/tools/espd>

La solicitarea autorității contractante, operatorul economic clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin prezentarea de certificate de bună execuție și/sau alte documente justificative întocmite în condițiile actelor normative care reglementează recepția lucrărilor, care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor; Documentele prin care operatorii economici pot îndeplini cerința privind experiența similară sunt următoarele, fără a se limita la:

- certificate de predare-primire;*
- recomandări;*
- procese-verbale de recepție;*
- certificări de bună execuție;*
- certificate constatatoare*
- alte documente relevante*

Nota: Enumerarea nu este cumulativă.

Din documentele prezentate să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică.

Nota 1: Dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comună, cerința se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În această situație, și ofertantul asociat va completa DUAЕ - "Criteriile de selecție" - "Capacitatea tehnică și profesională".

Nota 2: În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul poate beneficia de susținerea unui/unor terț/terți. În acest sens vor fi respectate prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 48 din HG nr. 395/2016.

Nota 3: Terțul susținător va completa DUAЕ - "Criteriile de selecție" - "Capacitatea tehnică și profesională".

Nota 4: În conformitate cu Notificarea 256/2016 se solicită tuturor ofertanților ca odată cu depunerea DUAЕ să prezinte angajamentul terțului susținător, (împreună cu documentele anexe la angajament, transmise acestora de către terț/terți susținătorii din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora) acordul de asociere și acordul de subcontractare. Documentele justificative care probează cele asumate în angajamente/acorduri vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc la solicitarea autorității contractante.

Nota 5: a) Pentru transformarea în Lei se va utiliza cursul mediu BNR pentru anul 2017, 2018, 2019, 2020 și 2021,

b) Pentru alte monede decât Euro, se transformă mai întâi în Euro, utilizând-se cursul mediu pentru anul 2017, 2018, 2019, 2020 și 2021 publicat pe site-ul <http://ec.europa.eu/budget/inforeuro>.

Pentru transformarea Euro în Lei se vor urma indicațiile de la punctul a.

[...]

Modalitatea de îndeplinire:

Completarea DUAЕ accesând <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter> și <https://ec.europa.eu/tools/espd>

Ofertanții vor prezenta pentru fiecare subcontractant:

-se va completa inițial DUAЕ

-ofertanții odată cu depunerea DUAЕ vor prezenta acordul de subcontractare conf. Notificare nr.256/08.12.2016 ANAP.

Se vor depune, odată cu DUAЕ, următoarele documente:

angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.

Nedepunerea acestora odată cu DUAЕ, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire.

În aceleași instrucțiuni către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, capitolul III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE:, punctul III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art.182 din Legea nr.98/2016.

Odată cu depunerea DUAЕ se va prezenta pentru fiecare terț susținător și angajamentul terțului susținător, Conf. Notificare nr.256/08.12.2016 ANAP.

Terțul/terții susținători vor completa DUAЕ cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin indicarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru). Conform prevederilor art.184 din Legea nr.98/2016, prin angajamentul ferm, terțul/terții se va/vor angaja că va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament.

Autoritatea contractantă respinge terțul susținător propus dacă acesta nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea sau se încadrează printre motivele de excludere și solicită candidatului/ofertantului o singură dată – înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt terț, cu respectarea principiului tratamentului egal.

Modalitate de îndeplinire: DUAЕ completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terța parte, inclusiv măsurile avute în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, la care se atașează DUAЕ și angajamentul ferm ale terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători din trebuie să rezulte modul efectiv în care terțul/terții susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului.

Ofertanții vor prezenta pentru fiecare terț susținător:

- se va completa inițial DUAЕ, urmând ca documentele justificative care probează cele asumate în angajamente, să fie prezentate doar la solicitarea autorității contractante de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

- ofertanții odată cu depunerea DUAЕ vor prezenta și angajamentul terțului susținător, conf. Notificare nr.256/08.12.2016 ANAP.

Se vor depune, odată cu DUAЕ, următoarele documente :

angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.

Nedepunerea acestora odată cu DUAЕ, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire.

În dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare referitoare la experiența similară, ... a prezentat în cadrul DUAЕ din data de (vol. 3/6 – fila 988 – dosarul achiziției), informații referitoare la capacitatea tehnică și profesională, după cum urmează:

„Partea IV: Criterii de selecție

[...]

C: Capacitatea tehnică și profesională

<i>Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat</i>	<i>Descriere: Asigurată de subcontractant Valoare: Moneda: RON Data început: Data sfârșit: Beneficiari:”</i>
--	--

Consiliul reține că ofertanta contestatoare a depus în cadrul documentelor care însoțesc oferta, după cum urmează: Formularul nr. 17A – Acord de subcontractare nr., încheiat între și, în cadrul căruia, la art. 2, se menționează că valoarea lucrărilor este conform ofertei prezentate de subcontractant și **reprezintă 3% din valoarea totală a contractului** (valoarea în lei nefiind indicată).

De asemenea, ... a depus, în cadrul ofertei inițiale și documentul unic de achiziții european (DUAЕ) din data de (vol. 3/6 – fila 982 – dosarul achiziției), prezentat de subcontractantul se regăsesc următoarele informații referitoare la 2 contracte în legătură cu executarea lucrărilor de tipul specificat, respectiv:

- contractul nr. din, având ca obiect, în valoare de lei;
- contractul nr. din, având ca obiect, în valoare de lei.

Astfel, pentru a putea verifica temeinicia/netemeinicia criticii analizate, este necesar să se stabilească dacă, în situația în care un subcontractant devine, potrivit legii, terț susținător în legătură cu o anumită resursă, pentru verificarea îndeplinirii unui criteriu de calificare, în speță, a experienței similare, trebuie luată în considerare orice resursă a acestuia și în orice valoare/cantitate sau această resursă trebuie raportată la informațiile existente în acordul de subcontractare.

În ceea ce privește această chestiune supusă soluționării, Consiliul constată că prezintă relevanță următoarele dispoziții legale în vigoare la data inițierii procedurii:

- art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

- art. 174 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

Art. 174. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.

- art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care stabilesc următoarele:

(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ 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 a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).

- art. 48 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare *Norme metodologice*, care stabilesc următoarele:

Art. 48. - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și

terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că un subcontractant poate deveni terț susținător în cazul în care un ofertant se bazează pe capacitățile subcontractantului.

Având în vedere faptul că acordul de subcontractare, încheiat între ofertant și subcontractant (în cadrul căruia este indicată partea din contract pe care urmează să o execute/realizeze subcontractantul), devine un angajament ferm, care conține, potrivit dispozițiilor legale anterior citate, în mod explicit resursele puse la dispoziție de către terțul susținător, este evident faptul că informațiile din acordul de subcontractare referitoare la capacitățile pe care se bazează ofertantului trebuie interpretate în strânsă corelare cu cele prevăzute într-un angajament de susținere.

Această interpretare rezultă și din prevederile legale stabilite de legiuitor a fi respectate pe perioada derulării contractului, care condiționează înlocuirea unui subcontractant, pe parcursul derulării contractului, de îndeplinirea de către noul subcontractant a resurselor corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică, relevante în acest sens fiind art. 150-155 din Normele metodologice, potrivit cărora:

Art. 150. - (1) În aplicarea prevederilor art. 218 din Lege, autoritatea contractantă are obligația de a stabili clauze contractuale obligatorii privind cesiunea de creanță în favoarea subcontractanților legată de partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de către aceștia.

(2) În vederea determinării valorii creanței, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte.

Art. 151. - Înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații:

a) înlocuirea subcontractanților nominalizați în ofertă și ale căror activități au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanți,

b) declararea unor noi subcontractanți ulterior semnării contractului de achiziție publică în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora,

c) renunțarea/retragerea subcontractanților din contractul de achiziție publică.

Art. 152. - În situațiile prevăzute la art. 151, autoritatea contractantă are obligația de a solicita prezentarea contractelor încheiate între contractant și subcontractanții declarați ulterior, care să conțină obligatoriu, cel puțin următoarele elemente:

a) activitățile ce urmează a fi subcontractate;

b) numele, datele de contact, reprezentanții legali ai noilor subcontractanți;

c) valoarea aferentă prestațiilor noilor subcontractanți.

Art. 153. - În situațiile prevăzute la art. 151, noii subcontractanți au obligația de a prezenta o declarație pe propria răspundere prin care își asumă respectarea prevederilor caietului de sarcini și a propunerii tehnice depuse de către contractant la ofertă, aferentă activității supuse subcontractării.

Art. 154. - Contractele menționate la art. 152 și declarațiile menționate la art. 153 vor fi prezentate cu cel puțin 15 zile înainte de momentul începerii executării lucrărilor/prestării serviciilor de către noii subcontractanți.

Art. 155. - În situațiile prevăzute la art. 151, noii subcontractanți au obligația de a transmite certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a **resurselor/capabilităților corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică.**

În speță, ofertanta contestatoare, apreciind că nu poate îndeplini singură lucrările aferente prezentului contract, a desemnat cinci subcontractanți, printre care și, care, potrivit acordului de subcontractare, urmează să realizeze „**3% din valoarea totală a contractului**”. Astfel, potrivit dispozițiilor legale citate în paragrafele anterioare, capacitatea tehnică pe care se poate baza ofertanta și care poate fi luată în considerare de către autoritatea contractantă la verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, este limitată la informațiile existente în cadrul acordului de subcontractare, respectiv **3% din valoarea totală a contractului**, care, conform dispozițiilor art. 48 alin. (1) din Normele metodologice teza a II-a, **reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm**, valoare insuficientă contestatoarei pentru îndeplinirea pragului stabilit de autoritatea contractantă pentru experiența similară (6.499.635 lei, fără TVA).

În cazul în care ofertanta ar fi dorit ca experiența similară a societății să fie luată în considerare integral ar fi trebuit ca această societate să aibă calitatea de asociat sau terț susținător cu indicarea în mod concret a resurselor, respectiv întreaga valoare a experienței similare. Declararea acestei societăți ca subcontractant face ca valoarea experienței similare care poate fi luată în calcul să fie limitată la valoarea acordului de subcontractare (3%), care, **reprezintă, în același timp, și angajament ferm.**

A admite punctul de vedere al contestatoarei ar însemna acceptarea unui angajament ferm pentru o resursă nelimitată, neconcretizat în niciun document, contrar dispozițiilor legale în vigoare.

Concluzionând, în legătură cu contestația analizată, Consiliul constată ca fiind corectă decizia autorității contractante de a considera neîndeplinită această cerință de calificare, contestația fiind nefondată sub acest aspect.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de, în contradictoriu cu

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....

.....

.....