CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de asocierea formată din ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată în Registrul Comerțului din ..... la ....., cod de identificare fiscală ....., reprezentată de domnul ....., ..., cu ..., înmatriculată la Registrul Comerțului ...., cod de identificare fiscală ..., reprezentată de ..., și SC ... SRL, cu sediul în ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., CUI ..., reprezentată de domnul ..., asociere cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură ....., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul ....., în perioada 2014-2020”, coduri CPV 71356200-0, 71241000-9 și altele, cu data-limită de depunere a ofertelor 05.12.2016, organizată de SC ..... SA, cu sediul în bd. Mihai Eminescu nr. 34, ..., județul ....., număr de înregistrare în registrul comerțului J07/377/2009, CUI 26161230, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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, să soluționeze

contestația de față, prin care asocierea ofertantă ..... SRL reclamă decizia entității contractante SC ..... SA de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că notificarea sa prealabilă nr. 102/22.06..... a fost expediată cu serviciul poștal, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire, conform art. 183 C. proc. civ., în termenul legal de 10 zile, nefiind tardivă, cum eronat susține entitatea.

Pe fond, contestatoarea este de părere că organizatoarea a încălcat art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 („*Entitatea contractantă nu poate stabili criterii privind capacitatea pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică si profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.*”) neluând în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși.

..... SA, având o cotă de implicare în cadrul viitorului contract de 52,52%, a fost necesar să demonstreze o experiență similară de cel puțin 16.806.400 lei, cerință îndeplinită, demonstrând o experiență similară de 16.810.053.04 lei, alături de subcontractanții ...și ... SA, pentru partea lor de implicare în contract.

Asocierea îndeplinește cerința după cum urmează:

- ..... SA a dus la bun sfârșit servicii similare în valoare totală de 16.810.053,04 lei, din care 16.157.014,74 lei prin propriile contacte și 653.038,30 lei prin subcontractanții nominalizați (133.815 lei - ...și 519.223,30 lei - ... SA;
- ...a dus la bun sfârșit servicii similare în valoare totală de 10.880.902,90 lei;
- SC ... SRL a dus la bun sfârșit servicii similare în valoare totală de 4.314.537,61 lei.

Cotele de implicare a membrilor asocierii în realizarea viitorului contract sunt: ..... SA - 52,52%, ...- 34% și SC ... SRL - 13,48%, cote aflate în corespondență cu valoarea serviciilor luate în calcul pentru experiența similară.

Entitatea contractantă nu a avut temei legal pentru excluderea valorii contractelor subcontractanților nominalizați din calculul valorii contractelor prezentate pentru experiența similară a asociatului ..... SA.

În plus, oferta asocierii a fost declarată inacceptabilă cu invocarea unui temei legal greșit, respectiv pe teza a II-a de la alin. (4) a art. 228 din Legea nr. 99/2016.

Pe de altă parte, entitatea contractantă a acordat o importanță disproporționată unei „bife” greșit aplicată în DUAE. Subcontractanții ...și ... SA nu a putut fi declarați în DUAE și ca terți susținători.

Contestatoarea opinează că respingerea ofertei sale este nelegală, excesivă și în contradicție cu principiul proporționalității, mai ales că s-au furnizat organizatoarei, prin clarificări, toate informațiile solicitate.

Pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE, 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 al DUAE depus de subcontractant.

În punctul său de vedere nr. 129/13.07..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 28660/13.07....., entitatea contractantă invocă excepția tardivității depunerii notificării prealabile, raportată la comunicarea respingerii ofertei la data de 14.06....., prin intermediul SEAP, la expirarea termenului de notificare la data de 24.06....., precum și la primirea notificării abia la 27.06....., prin serviciul poștal. Legislația în vigoare impunea notificarea prealabilă prin mijloace electronice de comunicare, nu prin poștă, la procedurile derulate online, cum este și aceasta.

Pe fond, referitor la precizarea contestatoarei că a fost încălcat art. 185. alin. (4) din Legea nr. 99/2016, neluându-se în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, entitatea contractantă arată că cerința din fișa de date pentru ofertant a fost:

Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați.

Ofertantul va demonstra existența unui nivel corespunzător de experiență prin raportare la contractele executate în trecut, respectiv în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani împliniți la data limită de depunere a ofertei a prestat servicii similare duse la bun sfârșit în cadrul programelor/contractelor de infrastructură, având o valoare cumulată de minim 32.000.000 lei (fără TVA), în cadrul a minim un contract, maxim 5 contracte.

Terțul/terții care asigură susținerea va/vor depune documente din care să rezulte propria experiența similară, corespunzător cerinței de calificare formulată prin documentația de atribuire și va trebui să arate într-un mod concludent că va putea să își mobilizeze resursele/utilajele/personalul astfel încât să intervină eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesită acest lucru, indiferent de locul lui de stabilire în Romania sau într-un alt stat membru al UE sau o țară terță, documente care vor constitui anexe la respectivul angajament.

În cazul operatorilor economici participanți în comun la procedura de atribuire, fiecare asociat va demonstra îndeplinirea cerințelor referitoare la capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională, proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract sectorial.

Din documentele depuse de către asociere reies următoarele:

I. Inițial, liderul ..... SA a depus DUAE propriu conform căruia:

a) la Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, A - informații privind operatorul economic, bifează [DA], declarând

astfel că participă la procedură împreună cu alții, iar la lit. b) îi identifică pe ceilalți participanți ca fiind:

- ...- asociat,
- ... SRL - asociat,
- .... - subcontractant,
- ... - subcontractant,
- ... - subcontractant,
- ... - subcontractant,
- ... - subcontractant.

b) la Partea II: Informații referitoare la operatorul economic - C: Informații privind utilizarea capacităților altor entități, bifeaza [DA], iar la nume precizează asocierea ..... SA - SC ...- SC ... SRL.

c) la Partea II: Informații referitoare la operatorul economic - D: Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează, bifează [DA] și enumeră subcontractanții ..., ..., ..., ..., ...

d) la Partea IV: Criteriile de selecție - C: Capacitatea tehnica și profesională, prezintă contractele:

1. Servicii de proiectare în cadrul proiectului Folio Line, Norvegia. Valoare: 9.412.175,29 euro. Data: 22-07-2015. Beneficiar: ...

2. Servicii de asistență tehnică și supervizare, sprijin în managementul proiectului și servicii de conștientizare publică în cadrul proiectului „Managementul Integrat la Deșeurilor Solide în județul Argeș” - Etapa a II-a. Valoare: 4.518.124,93 lei. Data: 17-04-2012. Beneficiar: .... Proporția de subcontractare: 24,28%.

II. Din răspunsul asocierii nr. 21/15.02....., la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, reiese:

a) cota de implicare a liderului de asociere este de 52,52%, deci experiența sa trebuie să acopere 32.000.000 lei x 52,52 % = 16.806.400 lei;

b) experiența similară declarată de către lider:

- contract servicii de proiectare în cadrul proiectului Folio Line, Norvegia: 15.275.609,50 lei,

- contract servicii de asistență tehnică și supervizare, sprijin în managementul proiectului și servicii de conștientizare publică în cadrul proiectului „Managementul Integrat la Deșeurilor Solide în județul Argeș” - Etapa a II-a: 881.405,24 lei,

totalizând 16.157.014,74 lei (15.275.609,50 lei + 881.405,24 lei), valoare mai mică decât experiența necesară, de 16.806.400 lei (proporțională cu implicarea în viitorul contract).

Asocierea precizează că cerința de calificare privind capacitatea tehnică și profesională este îndeplinită de către lider prin intermediul unui subcontractant.

III. În răspunsul nr. 68/18.04....., asocierea afirmă că, dintr-o regretabila eroare, în DUAE postat pe SEAP, la partea II - Informații referitoare la operatorul economic, C: Informații privind utilizarea capacităților altor entități, a bifat [DA], că nu are terți susținători pentru a îndeplini cerința referitoare la capacitatea tehnică și profesională și a nominalizat doar subcontractanții ...și ... SA.

Legislația în vigoare da dreptul ofertantului pentru îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională să invoce susținerea unor terți și nu să [îi] nominalizeze [ca] subcontractanți. Cele două calități au scopuri diferite:

- terțul susținător este invocat cu scopul de a ajuta, susține ofertantul să îndeplinească cerințele de calificare;

- subcontractantul este propus cu scopul de a executa efectiv părți din viitorul contract. Ofertantul a precizat în mod clar că nu beneficiază de susținerea unor terți. În cazul în care dorea/intenționa să se folosească de experiența similară a subcontractanților, pentru a îndeplini cerința referitoare la capacitatea tehnică și profesională, caz în care aceștia (subcontractanții) ar fi devenit terți susținători, trebuia să invoce susținerea și să-i declare și susținători. De asemenea, și subcontractanții propuși trebuiau să-și declare în propriu DUAE atât calitatea de subcontractant, cât aceea de terț susținător.

Documentele prezentate și răspunsul asocierii conduc la următoarea situație:

- asocierea nu are terți susținători, deci cerința va fi îndeplinită de către fiecare dintre asociați proporțional cu implicarea în viitorul contract;

- asocierea a propus 5 subcontractanți, care se vor implica în executarea viitorului contract astfel: ...- 0,42%, ... SA - 1,62%, ...- 2,41%, ... SRL - 3,91 %, ... - subcontractant - 15,92%.

- liderul de asociere nu îndeplinește cerința referitoare la capacitatea tehnică și profesională, proporțional cu cota sa de implicare în executarea viitorului contract sectorial.

Cerința din fișa de date pentru subcontractant a fost:

Informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze. Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze, datele de recunoaștere și acceptul subcontractanților propuși și va transmite 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 le îndeplinească efectiv.

Din documentele depuse pe SEAP de către asociere, pentru îndeplinirea cerinței din fișa de date de către subcontractant, reiese:

1. Subcontractant ... SA

La Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, A: Informații privind operatorul economici, a) Vă rugam să precizați

rolul operatorului economic în cadrul grupului (lider, responsabil cu îndeplinirea unor sarcini specific ...): Subcontractant al ...

La Partea IV: Criteriile de selecție, B: Capacitatea economica și financiară - cifra de afaceri medie anuală: 2015: 11.901.304 lei; 2014: 13.090.773 lei; 2013: 15.629.108 lei; C: Capacitatea tehnică și profesională, prezintă contractul: Asistență tehnică pentru pregătirea de proiecte Axa Prioritară 5 - Implementarea structurii adecvate de prevenire a riscurilor naturale în zonele cele mai expuse la risc - Domeniul major de intervenție 1 - Protecția împotriva inundațiilor - „Apărarea împotriva inundațiilor a localității Babadag, județul Tulcea”. Valoare: 722.788 lei. Data: 25-11-2014. Beneficiar: ....

Prin informațiile transmise, subcontractantul ... SA îndeplinește cerința de calificare solicitată cu privire la capacitatea tehnică și profesională, în calitate de subcontractant.

2. Subcontractant ...

La Partea II: Informații referitoare la operatorul economic, A: Informații privind operatorul economici, a) Vă rugam să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului (lider, responsabil cu îndeplinirea unor sarcini specifice ...): Subcontractant, contribuie la activitatea de elaborare aplicație de finanțare și documentații de atribuire.

La Partea IV: Criteriile de selecție, C: Capacitatea tehnică și profesională, prezintă contractul: Elaborare SF, documentație de atribuire a contractului de consultanță, a contractului de execuție lucrări "Separator de sensuri pe DN cu patru benzi de circulație”. Valoare: 324.060 lei. Data: 15-11-2012. Beneficiar: ...

Prin informațiile transmise, subcontractantul ...îndeplinește cerința de calificare solicitată cu privire la capacitatea tehnică și profesională, în calitate de subcontractant.

Faptul ca subcontractanții au transmis în DUAE propriu informații relevante referitoare la capacitatea lor tehnică și profesională cu privire la partea din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv este o îndeplinire a cerinței din fișa de date pentru subcontractant, solicitată prin fișa de date.

Informațiile relevante referitoare la capacitatea lor tehnică și profesională cu privire la partea din contract pe care subcontractanții urmează să le îndeplinească efectiv, care se regăsesc in DUAE, nu se pot folosi pentru a ajuta ofertantul să îndeplinească cerința referitoare la capacitatea tehnică și profesională, fără ca aceștia să fie invocați ca terți susținători.

Cu privire la speța dată, entitatea contractantă anexează și un punct de vedere al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice.

Solicită Consiliului respingerea contestației, ca nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă SC ..... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de servicii de asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul ....., etapa I - asistență tehnică pentru proiectare și etapa II - asistență tehnică pentru managementul proiectului și supervizarea lucrărilor, perioada 2014-2020, servicii estimate valoric la 49.717.382 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse zece oferte, între care și aceea a asocierii ..... SRL, care a fost respinsă, de către entitatea achizitoare, ca inacceptabilă, întrucât nu a îndeplinit cerința de calificare privind experiența similară. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, asocierea a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă numeroasele clarificări postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea ..... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la

procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de entitate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării DUAE a fost stabilit de organizatoare prin procesul-verbal nr. 84/12.06....., rezultat comunicat asocierii la 14.06..... La 22.06....., joi, asocierea s-a plâns organizatoarei de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 102/ 22.06....., transmisă în aceeași zi prin serviciul poștal, cu confirmare de primire, iar SC ..... SA i-a răspuns petentei cu adresa nr. 121/28.06....., în sensul că notificarea este tardivă și că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului evaluării DUAE. Primind acest răspuns, asocierea a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la SC ..... SA, la 04 și ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către achizitoare a excepției depășirii termenului legal de notificare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei.

Relativ la această excepție, elocvente sunt următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016:

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

Art. 6. - (1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

(2) Notificarea prealabilă se face în scris și conține cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.

(4) În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: [...]

a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz;

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere.

Art. 16. - (1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

(5) Toate **notificările** și actele procedurale se transmit **prin poștă**, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire.

Întrucât notificarea în discuție a fost transmisă prin serviciul poștal la data de 22.06..... (potrivit mijloacelor de probă materiale furnizate de reclamantă), în interiorul termenului legal de notificare indicat chiar de entitate în finalul comunicării nr. 85/14.06....., prezintă importanță data transmiterii actului procesual al notificării, iar nu a înregistrării lui în evidențele destinatarei. Regula cu valoare de tradiție de la art. 183 alin. (1) C. proc. civ. – actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut

de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen – trebuie recunoscută și în cadrul procedurii notificării prealabile contestării administrativ-jurisdicționale, întrucât Legea nr. 101/2016 nu cuprinde derogări față de dreptul comun în materie, care o completează în virtutea art. 68 din lege.

Notificarea prealabilă nr. 102/22.06..... reprezintă un act procesual, supus regulilor de drept procesual, asemenea procedurii prealabile din materia contenciosului administrativ, iar nu un act de drept substanțial, supus Legii nr. 99/2016. Indiferent dacă procedura de atribuire se derulează online sau offline, notificarea prealabilă trebuie socotită realizată în termen dacă a fost depusă înăuntrul termenului prevăzut de lege la oficiul poștal, pentru a fi expediată cu scrisoare recomandată. De altminteri, art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 statuează expres că „toate" notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fără a face distincție după cum notificările și actele de procedură au legătură cu o achiziție online sau offline. În doctrina de specialitate s-a arătat: „Un act de procedură poate fi făcut și în perspectiva unui proces; în categoria actelor de procedură trebuie incluse, cel puțin izolat, și unele acte extrajudiciare, acte ce cuprind un element de extraneitate în raport cu judecata." (I. Deleanu, Tratat de procedură civilă, vol. I, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p. 640)

Pe de altă parte, inclusiv în dreptul substanțial, regula prescrisă de art. 2556 C. civ. este că actele de orice fel se socotesc făcute în termen dacă înscrisurile care le constată au fost predate oficiului poștal sau telegrafic cel mai târziu în ultima zi a termenului, până la ora când încetează în mod obișnuit activitatea la acel oficiu.

Consiliul ia act că asocierea reclamantă își îndreaptă demersul său împotriva rezultatului evaluării DUAE care a dus la respingerea ofertei sale, rezultat primit la 14.06..... și notificat la 22.06....., în cele 10 zile acordate de legiuitor, prin art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Astfel fiind, excepția tardivității pe care o promovează organizatoarea nu este întemeiată, împrejurare care atrage respingerea ca atare a ei.

În cercetarea fondului cauzei, Consiliul constată că oferta asocierii reclamante a fost exclusă din competiție pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară de către liderul ..... SA, după cum se detaliază în comunicarea nr. 85/14.06.....

Din actele cauzei apare a exista consensul părților că liderul trebuia să demonstreze o experiență similară de minimum 16.806.400 lei. Consens există și în privința valorii experienței

similare proprii a liderului, care totalizează 16.157.014,74 lei (15.275.609,50 lei + 881.405,24 lei).

Divergența este dată de neluarea în calculul valorii experienței a celei aparținând subcontractanților SC ...(133.815 lei) și SC ... SA (519.223,30 lei), care, în opinia contestatoarei, ar fi permis depășirea pragului de 16.806.400 lei, necesar calificării la acest criteriu.

Consiliul notează că ..... SA nu a nominalizat niciun terț susținător la licitație, după cum declară și în răspunsul de clarificare nr. 68/18.04..... Prin urmare, textele normative referitoare la susținători nu sunt incidente în cauză. Pe de altă parte, în toate formularele DUAE, ... SA a indicat expres că participă împreună cu mai mulți subcontractanți, între care și SC ...și SC ... SA.

Atât în DUAE inițial, cât și în cel revizuit, ... SA a menționat:

Vă rugăm să îi identificați pe ceilalți operatori economici care mai participă la procedura de achiziții publice: ...(Asociat) - ... SRL (Asociat) - Proiect Consulting SRL (Subcontractant) - ...(Subcontractant) - Romproed SA (Subcontractant) - ... SA (Subcontractant) - ...(Subcontractant)

Proporția de subcontractare

Operatorul economic intenționează să subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contract. Vă rugăm să rețineți că, în cazul în care operatorul economic a decis să subcontracteze o parte din contract și se bazează pe capacitățile subcontractantului pentru executarea părții respective, trebuie să completați un DEAU separat pentru astfel de subcontractanți; a se vedea partea II secțiunea C de mai sus.

Vă rugăm să precizați

24,28%

În DUAE propriu, SC ...a declarat:

Capacitatea tehnică și profesională

Articolul 58 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție

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

Numai pentru contractele de achiziții publice de servicii: În perioada de referință, operatorul economic a furnizat următoarele servicii principale de tipul specificat. Autoritățile contractante pot solicita experiență de până la trei ani și pot accepta experiența acumulată în urmă cu peste trei ani.

Descriere

Elaborare SF, documentatie de atribuire a ctr. de consultanta, a ctr. de executie lucrari "Separator de sensuri pe DN cu patru benzi de circulatie" Principalele servicii prestate in ultimii 3 ani au constat in: - Elaborarea Studiului de Fezabilitate „Separator de sensuri pe DN cu patru benzi de circulatie”, conform prevederilor HG 28/20098 privind aprobarea continutului-cadru al documentatiei tehnico-economice aferente investitiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investitii și lucrări de interventii (pentru un numar de 188,308 km aferenti DRDP 1-7); - Documentatia de atribuire a contractului de consultanta; - Documentatia de atribuire a contractului de lucrari; de tip executie (FIDIC ROSU) - Intocmirea Cererii de Finantare; - Analiza Cost – Beneficiu; - Documentatii pentru obtinerea Certificatelor de Urbanism; - Documentatii pentru obtinerea Avizelor/Acordurilor solicitate prin Certificatele de Urbanism.

Valoare 324060 RON (Romanian New Leu)

Data 15-11-2012

Beneficiari ..

În DUAE propriu, SC ... SA a declarat:

Capacitatea tehnică și profesională

Articolul 58 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție. Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat.

Numai pentru contractele de achiziții publice de servicii: În perioada de referință, operatorul economic a furnizat următoarele servicii principale de tipul specificat. Autoritățile contractante pot solicita experiență de până la trei ani și pot accepta experiența acumulată în urmă cu peste trei ani.

Descriere

Asistenta tehnica pentru PREGATIREA DE PROIECTE AXA PRIORITARA 5 – Implementarea structurii adecvate de prevenire a riscurilor naturale in zonele cele mai expuse la risc- Domeniul major de interventie 1 – Protectia impotriva inundatiilor – „Apararea împotriva inundatiilor a localitatii Babadag, judetul Tulcea" Serviciile au presupus elaborarea documentatiilor : -Aplicatia de Finantare -Studiu de Fezabilitate -Studii topografice -Studii geotehnice și geofizice -Studii hidrologice și hidrogeologice -Expertize tehnice; plan de măsuri; alte studii -Documentatii pentru intabulari terenuri -Documentații pentru obținerea Certificatului de Urbanism -Documentații pentru obținerea avizelor sau acordurilor -Evaluarea impactului asupra mediului –Analiza Cost - Beneficiu -Analiza Institutionala -Strategia de achizitii -Cerere de finanțare/aprobare aplicatie de finantare -Documentații pentru atribuirea contractelor de achiziții: -contracte de achiziții servicii -contractele de achiziții proiectare si lucrări de constructii-montaj -contractel de furnizare -Revizuirea documentatiei de atribuire.

Valoare 722788 RON (Romanian New Leu)

Data 25-11-2014

Beneficiari ...

Art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 dispune că entitatea contractantă nu poate stabili criterii privind capacitatea 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 sunt prezentate documente relevante în acest sens.

Totodată, potrivit art. 187 din lege:

(1) Entitatea 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 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 le îndeplinească efectiv, entitatea 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 le îndeplinească efectiv.

Prin prisma celor evocate și a opiniei Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 6961/06.06....., conform căreia nu este necesară depunerea a două formulare DUAE în ipoteza subcontractanților care oferă susținere pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv un DUAE ca subcontractant și un DUAE ca terț susținător [„Cu privire la depunerea DUAE de către ofertant, susținător, subcontractant, precizăm că astfel cum am arătat și în conținutul prezentei adrese, acest document trebuie depus individual de fiecare dintre entitățile în cauză, cu excepția cazului în care subcontractantul oferă

susținere pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, situație în care este suficientă depunerea doar a unui singur DUAE în calitate de subcontractant, ale cărui capacități vor fi luate în considerare de entitatea contractantă, în condițiile art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.”], Consiliul apreciază că sunt suficiente, din perspectiva determinării că ..... SA putea să beneficieze de capacitatea tehnică și profesională a celor doi subcontractanți propuși, pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Contrar opiniei entității contractante, deficiențele minore de bifare a rubricilor din DUAE al ..... SA pot fi remediate, pe calea clarificărilor, nefiind necesară sancționarea ofertantei prin eliminarea ei din competiție.

Entitatea contractantă poate solicita ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii [art. 205 alin. (1) din lege], ceea ce înseamnă că SC ..... SA poate cere asocierii să îi prezinte documentele invocate de subcontractanți ca experiență similară de care să beneficieze asocierea.

Rămâne ca organizatoarea achiziției să reclarifice cu asocierea ofertantă nivelul valoric concret al experienței similare aparținând celor doi subcontractanți, de care se poate prevala asocierea, raportat la partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit. Așadar, entitatea contractantă trebuie să reclarifice temeinic modalitatea de îndeplinire a cerinței, știut fiind că orice hotărâre a entității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele sale, și pe probe concludente, iar nu pe documente neclare sau insuficiente. Suspiciunile entității asupra posibilității asocierii (prin liderul său) de a beneficia de capacitatea subcontractanților pot și trebuie a fi tratate prin prisma art. 205 alin. (1) de mai sus. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, o revenire cu întrebări corespunzătoare se impunea, mai cu seamă că aceasta din urmă are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba îndeplinirea cerinței privind experiența similară. Solicitarea comisiei de evaluare trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă, rezultând că autoritatea trebuia să ceară expres calcule și, eventual, documente din care să reiasă valorile pentru partea de implicare a subcontractanților în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, în acord cu poziția exprimată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în adresa nr. 6961/06.06....., se constată că obiecțiile asocierii contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale apar a fi fondate. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația asocierii ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu SC ..... SA, va anula actul de respingere a ofertei asocierii și comunicarea nr. 85/14.06..... și va obliga entitatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, faza DUAE, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire (clarificată pe parcurs). În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, faza DUAE, cu respectarea legislației aplicabile.

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

Admite contestația asocierii ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu SC ..... SA, și anulează procesul-verbal nr. 84/12.06....., precum și adresa entității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei sale la etapa DUAE. Obligă entitatea la reclarificarea și reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare, etapa DUAE, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului proces-verbal, autoritatea va comunica societății rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor sectoriale.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.