C. N.S.C.
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., având CUI ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., reprezentată legal prin ..... și convențional prin avocat ....., în calitate de lider al Asocierii ..... SRL - ..... SRL - ..... SRL, formulată împotriva adresei nr. 14753/14.02....., emisă de SC ....., cu sediul în ....., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă adresa nr. 14753/14.02..... emisă de SC ....., apreciind-o nelegală.

În fapt, contestatoarea susține că, în data de 14.02....., ”autoritatea contractantă” a emis și publicat în SEAP adresa nr. 14753/14.02....., cuprinzând Solicitarea de clarificări nr. 9, prin care i s-a solicitat ca, până la data de 16.02....., să comunice înscrisuri emise de beneficiarul investiției ce a făcut obiectul contractului "Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." (Compania de Apă ...-...) care să ateste faptul că a avut calitatea de subcontractor în cadrul contractului menționat, invocând art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea 2/2017 emisă de ANAP.

De asemenea, contestatoarea arată că a formulat solicitarea prealabilă de remediere a solicitării, nr. 164/16.02....., dar a și răspuns clarificării solicitate, pentru a nu se expune riscului excluderii din procedură, însă ”autoritatea contractantă” a refuzat luarea măsurilor de remediere, prin adresa sa nr. 15980/19.02.....

Ca o chestiune prealabilă, contestatoarea susține că această adresă, nr. 15980/19.02....., este lovită de nulitate, datorită nemotivării sale, în fapt și în drept.

Contestatoarea precizează că răspunsul autorității contractante la solicitarea sa prealabilă de adoptare a măsurile de remediere este un act administrativ, care trebuie să respecte exigențele de formă specifice, inclusiv motivarea actului în fapt și în drept.

Din punct de vedere al dreptului administrativ pur, una din condițiile de legalitate și validitate a oricărui act administrativ o reprezintă motivarea acestuia de către autoritatea emitentă, obligația motivării reprezentând o garanție contra arbitrariului și excesului de putere din partea autorității contractante, mai ales, în cazul actelor prin care se suprimă drepturi sau situații juridice individuale.

Contestatoarea susține că principiul obligativității motivării clare a actului administrativ este statuat de practica Înaltei Curți de Casație și Justiție (Decizia nr. 1580/2008), care citează din principiile Curții Europene de Justiție: "Astfel cum a decis Curtea Europeană de Justiție, amploarea și detalierea motivării depind de natura actului adoptat, iar cerințele pe care trebuie să le îndeplinească motivarea depind de circumstanțele fiecărui caz, o motivare insuficientă sau greșită este considerată a fi echivalentă cu o lipsă a motivării actelor. Mai mult, insuficiența motivării sau nemotivarea atrag nulitatea sau nevalabilitatea actelor comunitare".

În consecință, contestatoarea precizează că actele administrative contestate nu îndeplinesc condiția esențială a motivării, sancțiunea fiind nulitatea absolută, nulitate care nu poate fi acoperită printr-o motivare ulterioară.

Pe fondul cauzei, contestatoarea susține că solicitarea de clarificări asupra ofertei este nelegală, prin raportare la termenul-limită de răspuns stabilit, respectiv până la data de ”16.02.2016”, luând în calcul data emiterii ei, fiind astfel încălcate prevederile art. 140 din HG nr. 394/2016 privind normele de aplicare a Legii nr. 99/2016.

Astfel, în conformitate cu dispozitiile legale amintite, contestatoarea arată că termenul pentru formularea răspunsului la solicitarea de clarificări trebuia să fie de minim 3 zile lucrătoare, termen nerespectat de entitatea contractantă prin solicitarea comunicată.

De asemenea, contestatoarea consideră solicitarea de clarificări nelegală întrucât excede cerințelor din fișa de date a achiziției privind modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, fiind încălcate dispozițiile art. 36 din HG nr. 394/2016.

În conformitate cu fișa de date - punctul *III.2.3 - Capacitatea tehnică și/profesională*, cerința privind experiența similară, impusă de ”autoritatea contractantă”, se consideră îndeplinită prin: "prezentarea

unui contract de proiectare și execuție sau prin prezentarea a maxim două contracte distincte, unul de proiectare și unul de execuție. [...J Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc. Aceste documente sunt: Pentru contractele de lucrări:

- extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. proces-verbal de recepție finală/proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare primire, recomandări, certificate de bună execuție, certificate constatatoare) care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit/alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada și locul execuției lucrărilor".

Contestatoarea susține că, în îndeplinirea criteriului privind experiența similară, a indicat în DUAE Contractul S-06/23.05.2012, în care a avut calitatea de subantreprenor în contractul privind "Proiectarea și execuția de lucrări în cadrul proiectului *Lucrări la sursele de apa ale Municipiului ...*", depunând, la solicitarea entității contractante, în acord cu cerințele din fișa de date, documentele relevante care să ateste partea de lucrări realizată de societate, și dovada că acestea au fost realizate în mod corespunzător, respectiv:

- extrase relevante ale contractului,
- documente care atestă executarea obligațiilor asumate de societatea sa și recepționarea acestora - inclusiv de beneficiarul final al lucrării - prin comunicarea documentelor constatatoare emise de Compania de Apă ...-....

Contestatoarea menționează că solicitarea de clarificări, respectiv impunerea de a prezenta un înscris emis de Beneficiarul investiției, care să ateste, în plus față de înscrisurile furnizate, că ea a avut calitatea de subantreprenor în contractul indicat, excede cerințelor publicate în fișa de date a achiziției.

În acest sens, invocând și citând dispozitiile art. 36 din Normele metodologice de aplicare ale Legii nr. 99/2016, contestatoarea precizează că, în fișa de date a achiziției s-a prezentat criteriul de calificare privind experiența similară, precum și modul de dovedire și îndeplinire a acestui criteriu, prin enumerarea unor documente ce atestă executarea serviciilor de proiectare și execuția efectivă a lucrărilor aferente contractului invocat în DUAE, enumerarea documentelor justificative având caracter alternativ, fiind făcută mențiunea că experiența similară poate fi atestată și prin prezentarea de documente din care să reiasă beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici care caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul executării lucrărilor.

Or, în condițiile în care nu se solicită prin fișa de date a achiziției să se depună un document emis de Beneficiar, care să ateste calitatea de subantreprenor a ofertantului, ci doar "documente din care să reiasă

beneficiarul", durata de execuție și locul execuției lucrărilor, solicitarea de clarificări formulată este una nelegală.

În condițiile în care fișa de date nu conține referiri la un astfel de document justificativ, contestatoarea consideră că ”autoritatea contractantă” nu poate solicita alte documente justificative, ce nu sunt incluse în fișa de date a achiziției.

Nu în ultimul rând, contestatoarea apreciază nelegală solicitarea nr. 9 prin raportare la principiul neretroactivității legii civile, arătând că Instrucțiunea 2/2017 a fost publicată în Monitorul Oficial la data de 27.04.2017, iar documentele prezentate de ea drept experiență similară privesc un contract al cărui ultim efect s-a produs la data de 10.02.2017, data recepției finale a lucrării, contract încetat, astfel, la aceeași dată.

La data de 10.02.2017 sau înainte de aceasta, contestatoarea susține că nu a fost în ipostaza de a solicita autorității contractante emiterea unui atestat, în sensul prevederilor art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiune, deoarece un asemenea document nu era necesar, conform legislației momentului.

Drept urmare, nu i se poate solicita un astfel de document, pentru experiența similară rezultată dintr-un contract încetat înainte de intrarea în vigoare a actului normativ invocat.

Contestatoarea susține că, la acest moment (în procedura de față), ”autoritatea contractantă” nu poate solicita ofertanților aplicarea directă a prevederilor Instrucțiunii nr. 2/2017.

De asemenea, contestatoarea menționează că, așa cum rezultă din Instructiunea 2/2017, aceasta a fost emisă în scopul asigurării formulării corecte, din partea autorităților contractante, a documentației de atribuire a contractelor de achiziție publică, fiind destinată acestora ca sprijin în etapa de redactare a documentației.

Contestatoarea susține că Instructiunea 2/2017 nu stabilește și nici nu poate stabili, având în vedere principiul ierarhiei legilor din sistemul nostru de drept, cerințe automate, suplimentare, de calificare sau selecție, pe care operatorii economici să trebuiască a le aplica, indiferent de prevederile fișei de date a achiziției.

De altfel, contestatoarea învederează că prevederile art. 12 alin. (5) din Instructiunea 2/2017 a ANAP, potrivit cărora, "Autoritatea/Entitatea contractantă are dreptul de a se adresa inclusiv beneficiarului final al produselor/serviciilor/lucrărilor care fac obiectul contractului prezentat drept experiență similară, pentru confirmarea celor prezentate de ofertant, o clauză în acest sens trebuind să fie introdusă în documentația de atribuire, respectiv în fișa de date a achiziției”.

Întrucât fișa de date a achiziției nu conține o clauză în acest sens, dar nicio prevedere expresă de confirmare a calității de subcontractant al ofertantului care a deținut o astfel de calitate, într-un contract invocat ca experiență similară, contestatoarea consideră că solicitarea apare, odată în plus, a fi nelegală.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 20437/05.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 8909/06.03....., SC ..... a transmis un punct de vedere față de contestația formulată de SC ..... SRL, solicitând respingerea ei, pe cale de excepție, prin anularea ei, fiind formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant, iar pe fond, ca nefondată.

În susținerea excepției, entitatea contractantă precizează că exemplarul contestației primite este semnat de d-na av. ....., fără a fi fost comunicată și o copie a împuternicirii sale avocațiale. Spre deosebire, notificarea prealabilă contestației, cu solicitările de remediere, având nr. 164/16.02....., semnată de d-na av. ....., a fost însoțită de o copie a împuternicirii avocațiale nr. IS/30.015.331/16.02....., ce prevede ca limită a mandatului acordat redactarea, semnarea și susținerea notificării prealabile, asistență/reprezentare în fața ... SA, iar acest mandat avocațial nu este valabil și pentru contestația în fața CNSC.

În temeiul art. 82 NCPC, entitatea contractantă invocă excepția lipsei dovezii calității de reprezentant a d-nei av. ..... pentru contestatoare și solicită admiterea ei și anularea contestației, ca fiind formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant al contestatoarei. Mai precizează entitatea contractantă și faptul că, potrivit art. 176 pct. 2 NCPC, nulitatea nu este condiționată de existența unei vătămări în cazul încălcării dispozițiilor legale referitoare la reprezentarea procesuală.

În continuare, entitatea contractantă susține că, la *pct. III.2.3. Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, s-a prevăzut, sub nr. 1, cerința experienței similare, în conformitate cu art. 192 lit. a) din Legea nr. 99/2016:

"Ofertanții trebuie să facă dovada că în ultimii 5 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei au realizat un sistem de alimentare cu apă care să includă cel puțin execuția/reabilitarea a minim două puțuri forate, cu un debit minim pe foraj de Qforaj-4,0 l/s, putându-se demonstra îndeplinirea cerinței și distinct pentru componenta de proiectare, respectiv execuție".

De asemenea, ca modalitate de îndeplinire a cerinței, entitatea contractantă arată că s-au prevăzut următoarele:

"Cerința se consideră îndeplinită prin prezentarea unui contract de proiectare și execuție sau prin prezentarea a maxim două contracte distincte, unul de proiectare și unul de execuție.

Se va completa DUAE de către operatorii participanți la procedură cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc.

Aceste documente sunt:

Pentru contractele de lucrări:

- extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. procesul-verbal de recepție finală/procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) 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.

Pentru contractele de servicii de proiectare:

- extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. procesul-verbal de aprobare a documentației, la nivel PT, de către Beneficiarul investiției) care să ateste faptul că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit.

Notă: În cazul în care oferta este depusă de un grup de operatori economici, cerința privind experiența similară se poate îndeplini prin cumul iar documentele solicitate care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate de cei care îndeplinesc această cerință".

În continuare, entitatea contractantă prezintă toate documentele depuse pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară de către asocierea al cărei lider este contestatoarea.

În ceea ce privește contractul "Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." ce a fost atribuit de COMPANIA DE APĂ ...-... SA asocierii SC ...SA & SC ...SA la o valoare de 22.568.588 lei, entitatea contractantă prezintă clauzele contractului ce se referă la *Subantreprenor.*

Întrucât data atribuirii contractului "Lucrări la sursele de apă ale Municipiului ..." este 02.05.2012, iar valoarea declarată în contractul de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012 depășește procentul de 1% din valoarea contractului, peste care este necesară aprobarea prealabilă a autorității contractante și a Inginerului Contractului, entitatea contractantă susține că, prin adresa nr. 13875/12.02....., comisia de evaluare a solicitat beneficiarului, COMPANIA DE APĂ ...-... SA, să comunice dacă ...SRL (actual ..... SRL) a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii].

Întrucât COMPANIA DE APĂ ...-... SA a arătat, în răspunsul nr. 8045/14.02....., că ...SRL (actual ..... SRL) nu a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii], entitatea contractantă susține că a fost emisă solicitarea de clarificări nr. 9, ce a generat prezenta contestație.

Contrar susținerii contestatoarei, entitatea contractantă arată că adresa nr. 15980/19.02..... nu trebuie motivată în sensul indicat de aceasta, deoarece nu este act administrativ, ci rămâne o simplă operațiune administrativă, în sensul art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Ca operațiune administrativă pregătitoare, un refuz de adoptare al unor măsuri de remediere nu poate fi anulat pentru lipsa motivării, urmând a fi supus cenzurii CNSC, potrivit regulilor edictate în Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă susține că nu se poate reține încălcarea art. 140 din HG nr. 394/2016, deoarece durata termenului nu este prefixă, de trei zile lucrătoare, ci "de regulă, de minimum trei zile lucrătoare". Regula după care se apreciază proporționalitatea termenului este "funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare, solicitarea de clarificări privind transmiterea unor înscrisuri emise de Beneficiarul COMPANIA DE APĂ ...- ... SA, care să ateste faptul că ..... SRL a avut calitatea de subcontractor.

Entitatea contractantă arată că, așa cum rezultă din prevederile Contractului FIDIC, în care ..... SRL pretinde că a avut calitatea de Subantreprenor, pentru lucrările subcontractate avea nevoie de aprobarea prealabilă a Inginerului Contractului și a Beneficiarului. Or, această aprobare ar fi trebuit să preexiste, în forma scrisă, încă din anul 2012, astfel că simpla transmitere a unui înscris justifică termenul de două zile lucrătoare.

De asemenea, entitatea contractantă susține că solicitarea de clarificări nu excedează cerinței experienței similare fișei de date și anunțului de participare, nefiind încălcat art. 36 din HG nr. 394/2016.

Totodată, nu excedează nici modului în care s-a prevăzut îndeplinirea cerinței:

- pentru partea de proiectare s-a cerut depunerea de extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. procesul-verbal de aprobare a documentației, la nivel PT, de către Beneficiarul investiției) care să ateste faptul că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit.
- pentru partea de execuție s-a cerut depunerea de extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. procesul-verbal de recepție finală/procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) 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.

În afară de faptul că, atât pentru proiectare, cât și pentru execuție, ca Subantreprenor, ... SRL avea nevoie (în Contractul evocat) de aprobarea prealabilă a Inginerului Contractului și a Beneficiarului, entitatea contractantă precizează că lipsa aprobării semnifică faptul că nu putea nici proiecta și nici executa vreo Lucrare în Șantier, pentru că nu avea dreptul de acces în acesta, conform cu Sub-Clauza 2.1 [Dreptul de Acces pe Șantier], iar dacă a acționat în baza contractului de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012 ca Subantreprenor nedeclarat, situația constituie o încălcare vădită a Contractului "Lucrări la sursele de

apă ale Municipiului ...", ale cărui prevederi referitoare la Subantreprenori aveau ca scop, între altele, asigurarea că nu sunt încălcate ori fraudate regulile privind evitarea conflictului de interese, prevăzute în art. 66-70 din OUG nr. 34/2006.

Entitatea contractantă precizează că neretroactivitatea legii nu are nicio aplicabilitate, în privința modului de dovedire a îndeplinirii unei condiții privind experiența similară, Instructiunea ANAP nr. 2/2017 fiind incidentă oricărei proceduri de atribuire inițiată după intrarea în vigoare a actului normativ. În plus, argumentul este eronat formulat, contestatoarea trebuia să se asigure că deține aprobarea COMPANIEI DE APĂ ...- ... SA pentru a fi Subantreprenor, întrucât Contractul de antrepriză în care dorea să subcontracteze îi impunea în mod explicit acest lucru.

Entitatea contractantă susține că Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 este, în mod evident, aplicabilă și ofertanților, așa cum reiese din ansamblul reglementării, precum și din preambulul ce prevede atât normele a căror aplicare o face actul normativ, cât și scopul reglementarii: "necesitatea emiterii de îndrumări privind modalitatea de formulare și de evaluare a cerințelor privind experiența similară de către autoritățile/entitățile contractante și modalitatea de îndeplinire a acestor cerințe de către operatorii economici".

În final, entitatea contractantă susține că nu trebuie confundată cerința referitoare la impunerea unui anumit nivel pentru experiența similară cu modul în care se poate dovedi această cerință, așa cum greșit procedează contestatoarea, art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 nu stabilește cerințe pentru experiența similară, ci doar reglementează modul de a o dovedi.

În concluzie, în cazul în care contractul dintre beneficiar și antreprenor impunea aprobarea expresă a subantreprenorului, iar acesta din urmă afirmă experiența similară din contractul de subantrepriză, cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită prin simpla prezentare a aprobării provenite de la beneficiar.

Prin adresa nr. 258/09.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 10147/13.03....., contestatoarea a transmis Răspuns la punctul de vedere al entității contractante, prin care solicită respingerea excepției privind anularea contestației invocată de entitatea contractantă, deoarece la dosarul cauzei de regăsește împuternicirea avocațială în original, nr. IS/30.015.336/....., ce face dovada mandatului semnatarului contestației.

Pe fondul cauzei, contestatoarea reiterează criticile sale din cuprinsul contestației inițiale.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

SC ..... a organizat o procedură, licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică lucrări având ca obiect

„.....”, cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., elaborând, în acest sens, documentaţia de atribuire aferentă.

Având în vedere domeniul de activitate al achizitorului și destinația achiziției, Consiliul constată că regulile de derulare a procedurii de atribuire a contractului sunt cuprinse în Legea nr. 99/2016 și în normele de aplicare aferente.

După depunerea ofertei sale, fiind nemulțumită de adresa nr. 14753/14.02....., cuprinzând solicitarea de clarificări nr. 9, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind și procedura de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea cererii de clarificări dar și a răspunsului la notificarea prealabilă, cu obligarea entității contractante la evaluarea ofertei fără a ține cont de corespondența de clarificare amintită, inclusiv de răspunsul emis.

Având a se pronunța, cu întâietatea impusă la alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016, asupra cererii entității contractante de constatare a lipsei calității de reprezentant al contestatoarei, ceea ce ar conduce la anularea contestației, Consiliul constată netemeinicia ei.

În fapt, contestația transmisă CNSC este însoțită de împuternicirea avocațială nr. IS/30.015336/..... a Cabinetului de avocat ....., iar contestația este semnată de acest avocat. Prin aceasta, se constată că sunt respectate regulile specifice, enunțate în Legea nr. 101/2016, privind elementele contestației (art. 10 literele a și h), coroborate cu cele privind reprezentarea părților (art. 21 alin. (2): ”Părţile pot fi reprezentate de avocaţi…”).

În același timp, având în vedere că Legea nr. 101/2016 nu conține o precizare distinctă că dovada reprezentării trebuie comunicată și părții adverse (autorității contractante, în acest caz), pentru validarea oricărui demers juridic opozabil, Consiliul consideră că analiza existenței acestei calități aparține doar organismului administrativ-jurisdicțional (fie din oficiu, fie la cerere). Or, în cauză, se constată existența dovezii de reprezentare convențională a contestatoarei, ceea ce relevă lipsa de temeinicie a excepției.

Privind fondul cauzei, Consiliul are în vedere că autoarea criticilor atacă atât solicitarea de clarificare a ofertei sale, cât și răspunsul la notificarea sa prealabilă contestației, emis de entitatea contractantă.

Întrucât, față de acest din urmă document (adresa nr. 15980/19.02.....), contestatoarea invocă nulitatea lui absolută, pentru pretinsa nemotivare a lui în fapt și în drept, Consiliul analizează această excepție a contestatoarei, constatând lipsa sa de temei.

Văzând conținutul acestei adrese, Consiliul constată că ea cuprinde și informația: ”în conformitate cu dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea 101/2016, vă încunoștiințăm că nu intenționăm să adoptăm măsuri de remediere”, pe lângă trimiterile la notificarea prealabilă a contestatoarei.

Or, în raport cu dispozițiile amintitului alin. (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*.

Prin urmare, contestatoarea a primit un răspuns lipsit de orice echivoc, în sensul amintitelor prevederi legale, în legătură cu propria notificare prealabilă, ceea ce demonstrează că actul cuprinde o motivare în fapt și în drept adecvată unei informări complete asupra deciziei (cuprinse de actul atacat).

Prin urmare, Consiliul consideră nefondată susținerea absenței motivării în fapt și/sau în drept a răspunsului la notificarea prealabilă.

În privința solicitării de anulare a actelor atacate, Consiliul constată că autoarea ei pretinde absența temeiului de drept care să justifice demersul entității contractante de a solicita informații de clarificare a ofertei.

Pretinsa nerespectare a termenului minim de răspuns la solicitarea de clarificare, prevăzut în art. 140 din Normele de aplicare a Legii nr. 99/2016, aprobate prin HG nr. 394/2016, invocată de contestatoare, este considerată de Consiliu nefondată. Contestatoarea a precizat că a emis un răspuns la solicitarea de clarificare atacată, astfel că, sub acest aspect, actul în cauză nu a vătămat-o, astfel nefiind îndeplinită condiția prevăzută la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Lipsa temeiului de fapt al solicitării clarificărilor, invocată de contestatoare, prin raportare la conținutul fișei de date a achiziției, este o susținere nefondată.

Consiliul constată că entitatea contractantă a solicitat informații de confirmare a realității susținerilor din DUAE și a datelor din documentele aduse ca dovadă a îndeplinirii cerințelor specifice din acesta, bazându-se pe un indiciu că informațiile/documentele prezentate sunt fie incomplete, fie inexacte, adică nu ar exista certitudinea respectării regulilor din domeniu privind derularea unui contract de achiziție publică și din care ar rezulta pretinsa experiență similară.

În acest context, ce ar releva existența unor informații necerte, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu are alegerea arbitrară de a solicita sau nu informații de certitudine, ci obligația legală de a accepta doar oferte care, fără dubiu, sunt ferme.

Pe de o parte, în temeiul dispozițiilor legale aplicabile, orice informație falsă duce la respingerea ofertei care o conține. Conform art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă va exclude din competiție *operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea entităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.*

În același timp, conform art. 205 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: *Entitatea contractantă poate invita candidaţii/ofertanţii să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).*

Privitor la natura documentului de justificare a realității informațiilor, adică o confirmare a beneficiarului lucrărilor că executantul lor a participat conform regulilor contractuale la derularea lor, Consiliul constată că solicitarea nu este contrară regulilor din fișa de date a

achiziției. Dimpotrivă, Consiliul reține că, cel puțin, în cazul experienței similare pentru prestarea serviciilor de proiectare, fișa de date a chiziției indică, explicit, cu titlu exemplificativ, drept dovezi ale ofertanților, documente emise de beneficiarul investiției.

Văzând trimiterile entității contractante, din cuprinsul adresei nr. 14753/14.02..... (Solicitare clarificări nr. 9), la prevederile Instrucțiunii nr. 2/2017 a ANAP, Consiliul constată că acestea nu reprezintă temeiul de drept al emiterii actului solicitat contestatoarei, ci temeiul de drept al solicitării de clarificare. Din respectivele instrucțiuni, rezultă obligația achizitorului de a obține (direct sau prin mijlocirea ofertantului) confirmarea beneficiarului final că ofertantul a avut calitatea de subcontractor.

Mai mult, regula de evaluare a acestui tip de informații, rezultând dintr-o relație contractuală precedentă, preexista Instrucțiunii nr. 2/2017 a ANAP. Același text al regulii de evaluare a unei astfel de experiențe similare se regăsea și în cuprinsul art. 17 alin. (3) litera b) din Instrucţiunea nr. 2/2016 a ANAP, emisă în aplicarea prevederilor art. 188 alin. (1) lit. a), alin. (2) lit. a) şi alin. (3) lit. a) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 272 din 11.04.2016: *în situaţia în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experienţă, a realizat lucrări/activităţi în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experienţă similară pentru un antreprenor general, cu condiţia ca respectivele lucrări/activităţi să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor*.

Prin urmare, susținerea contestatoarei că entitatea contractantă ar impune aplicarea prevederilor Instrucțiunii nr. 2/2017, pentru acte ce ar fi fost emise anterior intrării ei în vigoare, este nefondată.

De asemenea, este eronată și susținerea privind aplicarea directă a amintitelor prevederi ale instrucțiunii, deși aceasta ar privi doar etapa de întocmire a documentației de atribuire, întrucât instrucțiunea (inclusiv, actul normativ precedent) conține și reguli privind evaluarea ofertelor, în raport cu documentația de atribuire.

Pentru cele ce preced, Consiliul consideră că entitatea contractantă a formulat o solicitare de clarificări necesară analizei ofertei contestatoarei, cu respectarea dispozițiilor legale amintite, dar și a principiilor proporționalității și transparenței, informațiile solicitate fiind adecvate nevoii de analiză obiectivă a acelei oferte.

În consecință, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de părți, ca nefondate.

Respinge contestația SC ..... SRL împotriva adresei nr. 14753/14.02....., emisă de SC ....., în procedura, licitație deschisă inițiată cu anunț de participare (sectoriale) nr. ..... din ....., ca nefondată.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

....