



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 58/15.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46731/15.11.2019, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 53979/07.11.2019 de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Pod peste râul ... – amplasament str. ...”, se solicită anularea adresei nr. 53979/07.11.2019 de comunicare a rezultatului procedurii și a tuturor actelor interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe acestuia, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei sale, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 29.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 49073/29.11.2019, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației ..., în asociere, ca nefondată și menținerea ca temeinică și legală a deciziei autorității contractante.

Contestațiile și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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, să soluționeze contestația de față, prin care ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... critică decizia autorității contractante de a-i declara oferta inacceptabilă.

I. Contextul formulării contestației

Contestatorul arată că la data de 15.03.2019, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN 1009822 pentru organizarea procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, având ca obiect „Pod peste râul ...- amplasament str. ...” și citează cerințele Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției.

În cadrul procedurii de atribuire, asocierea contestatoare precizează că l-a declarat ca subcontractant pe ..., în cadrul ofertei depunând: DUAE pentru subcontractant, Atestatul A.N.R.E. de tip E2 și Autorizația de tip EDSB deținute de acesta.

La data de 07.11.2019, fără nicio clarificare prealabilă, autoritatea contractantă a emis comunicarea rezultatului procedurii, susține contestatorul, prin care:

- a decis că acesta nu îndeplinește cerința minimă de calificare din fișa de date a achiziției prevăzută în capitolul III.1.3.a) Capacitate tehnică și profesională, cu privire la deținerea unui Atestat A.N.R.E de tip C2A și a unei autorizații de tip EDSB sau echivalent;

- a declarat ca inacceptabilă oferta depusă de contestator, urmare a deciziei de neîndeplinire a cerinței minime de calificare din fișa de date a achiziției referitoare la deținerea unui Atestat A.N.R.E de tip C2A și a unei autorizații de tip EDSB sau echivalent și

- a respins oferta depusă de societatea sa, urmare a declarării ofertei ca inacceptabilă.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă i-a evaluat în mod superficial și incomplet oferta, concluzionând în mod eronat că aceasta nu îndeplinește cerința minimă de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției în capitolul III.1.3.a) Capacitate tehnică și profesională, referitoare la deținerea unui Atestat A.N.R.E de tip C2A și a unei autorizații de tip EDSB sau echivalent, cu consecința declarării ca inacceptabilă și a respingerii ofertei.

În considerentele comunicării rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă reține că fiecare dintre entitățile juridice care compun asocierea a indicat în cadrul DUAE, în dreptul Secțiunii IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii, că nu ar fi necesară o anumită autorizație (bifând opțiunea „NU” în secțiunea DUAE) pentru prestarea serviciilor contractului, deși în fișa de date a achiziției era prevăzută cerința minimă a deținerii unui Atestat A.N.R.E de tip C2A și a unei autorizații de tip EDSB sau echivalent.

Soluția de respingere ar fi întemeiată, inter alia, și pe considerentul că informațiile completate de entitățile asocierii, în cuprinsul Secțiunii IV.A din cadrul DUAE, ar fi de natură să infirme îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție descrise în fișa de date a achiziției.

Prin urmare, informațiile regăsite în secțiunea IV.A a DUAE depuse de entitățile asocierii au fost calificate în mod greșit de autoritatea contractantă drept inadvertențe de fond, fapt ce a atras respingerea ofertei fără a-i

solicita clarificări, fiind valorificate prevederile în acest sens din cuprinsul Notificării privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială din 01.09.2016.

Totuși, contrar aspectelor reținute de autoritatea contractantă în considerentele adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, contestatorul apreciază că a făcut dovada că îndeplinește cerința minimă de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției la capitolul III.1.3.a) Capacitate tehnică și profesională, prin subcontractantul declarat ... care deține atât Atestatul A.N.R.E de tip E2, cât și Autorizația ANRE tip EDSB, informație și documente puse la dispoziția autorității contractante prin completarea corespunzătoare a Secțiunii V. *Reducerea numărului de candidați calificați din cadrul DUAЕ*, depus în cadrul ofertei pentru subcontractant.

Inadvertențele informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ depus de subcontractantul ... referitoare la cerințele minime de calificare/selecție a ofertei, nu pot conduce la respingerea ofertei ca inacceptabilă, fără ca autoritatea contractantă să solicite contestatorului, în prealabil, clarificări cu privire la aceste aspecte.

Simpla lectură integrală a conținutului DUAЕ depus de ... conduce, în mod neechivoc, la concluzia existenței unor inadvertențe de formă ale informațiilor furnizate, nicidecum a unor inadvertențe de fond, astfel se constată că autoritatea contractantă nu a procedat într-un mod diligent la evaluarea ofertei depuse de către contestator și nici nu a solicitat clarificările considerate a fi necesare pentru a putea oferi posibilitatea ofertantului de a demonstra îndeplinirea cerinței impuse prin documentația de atribuire.

II. Premisa disputei

Contestatorul precizează că relevante pentru corecta analiză a speței sunt dispozițiile legale care reglementează (i) obligația legală ce incumbă autorității contractante de a formula o solicitare de clarificări în cazul existenței unor inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ și (ii) aplicabilitatea principiului proporționalității.

În acest context, contestatorul solicită a fi avute în vedere următoarele dispoziții legale, pe care le citează: art. 2 alin. (2) și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 132 alin. (1) și art. 134 alin. (1) și (5) din H.G. nr. 395/2016, Notificarea ANAP nr. 240 referitoare la Ghidul de utilizare al DUAЕ (operatori economici).

În continuare, contestatorul prezintă doctrina și jurisprudența relevante în susținerea faptului că respingerea ofertei de către autoritatea contractantă este profund nelegală: decizia civilă nr. 2012/14.03.2014 pronunțată de Curtea de Apel București, Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37, decizii C.N.S.C.

Față de cele redată mai sus, ... concluzionează astfel:

- neconcordanțele între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ al subcontractantului referitoare la îndeplinire/neîndeplinirea cerințelor de calificare (în speță, cu privire la deținerea atestatelor/autorizațiilor ANRE prevăzute în fișa de date) reprezintă inadvertențe de formă, iar nu de fond.

- autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita ofertantului clarificarea acestor neconcordanțe înainte de a emite decizia de respingere a ofertei.

- respingerea ofertei, în condițiile prezentate în premisele disputei, reprezintă un abuz al autorității contractante care, la momentul actual, nu mai poate fi remediat în mod efectiv decât prin admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, soluție ce ar permite parcurgerea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

III. Temeinicia contestației

a. Oferta asocierii contestatoare îndeplinește cerința minimă de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției

Contestatorul menționează că, prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit că cerința privind deținerea atestatului A.N.R.E. de tip C2A sau echivalent și a autorizației de tip EDSB sau echivalent poate fi dovedită și de către subcontractantul declarat, singura condiție impusă fiind ca acesta să execute integral partea de contract pentru care este solicitat atestatul. Prin urmare, simpla deținere de către Subcontractant a atestatului A.N.R.E. de tip C2A și a autorizației de tip EDSB sau echivalent conduce la îndeplinirea cerinței impuse de documentația de atribuire, atât timp cât acesta execută și lucrările aferente.

Cerința privind deținerea atestatului A.N.R.E. de tip C2A și a autorizației de tip EDSB sau echivalent a fost îndeplinită de asocierea contestatoare și, în acest sens, arată că:

- în cadrul propunerii tehnice au fost anexate atestatului A.N.R.E. de tip E2 și Autorizația de tip EDSB deținute de către Subcontractant;

- deținerea Atestatului A.N.R.E. de tip E2 include și competența atestatelor de tip A.N.R.E. E2PA, C2B, C2A, Be, Bi, A, A2 și A1, astfel cum reiese în mod clar din cuprinsul art. 8 lit. k) din Regulamentul pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice din 07.09.2016;

- la Secțiunea V din DUAE depus pentru Subcontractant, la întrebarea privind deținerea anumitor certificate, ... a răspuns pozitiv și a arătat că deține cele două atestate necesare pentru executarea lucrărilor, fiind îndeplinită cerința minimă de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției.

Reiese, astfel, în mod clar, că oferta asocierii contestatoare îndeplinește cerința minimă de calificare din fișa de date a achiziției prevăzută în cap. III.1.3.a) Capacitate tehnică și profesională.

b. Autoritatea contractantă a calificat în mod greșit și abuziv inadvertența declarațiilor Subcontractantului din cuprinsul DUAE.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a procedat la o analiză fermă a documentelor depuse de acesta în cadrul ofertei, motivând respingerea ofertei doar prin faptul că la întrebarea de la Secțiunea IV din DUAE, atât membrii asocierii, cât și Subcontractantul au răspuns negativ și evocă prevederile art. 215 alin. (2) pct. b) din Legea nr. 98/2016.

Or, din conținutul comunicării rezultatului procedurii nu reiese raționamentul propriu al comisiei de evaluare, o verificare proprie a documentelor depuse de ofertant sau o centralizare a aspectelor verificate ce ar fi condus la încadrarea acestei inadvertențe în categoria nerespectării condițiilor de fond ale ofertei depuse. În lipsa motivării, principiile transparenței și al asumării răspunderii, care ar trebui să guverneze orice procedură de atribuire, sunt în mod grav afectate atât timp cât destinatarul

actului nu este informat cu privire la motivele de fapt concrete ce au stat la baza emiterii lui.

Totodată, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a depus minimele diligențe pentru a verifica îndeplinirea cerinței de calificare de către asociere. O lectură completă a textului DUAЕ depus de Subcontractant ar fi fost suficientă pentru a înțelege că sunt îndeplinite cerințele de calificare și că, cel mult, ar fi fost necesară o solicitare de clarificări, nicidecum emiterea unei decizii de respingerea a ofertei, urmare a unei calificări greșite a neconcordanțelor constatate cu privire la informațiile din cuprinsul DUAЕ drept inadvertențe de fond.

Față de indicarea în mod expres în DUAЕ (depus pentru Subcontractant) a autorizațiilor, însoțită de dovezile aferente, se impune constatarea lipsei acute de diligență a autorității contractante care, față de situația existentă, avea obligația legală de a verifica documentele aflate la dispoziția sa.

Respingerea ofertei bazată doar pe o constatare ce derivă dintr-o verificare superficială a ofertei, reprezintă un abuz al autorității contractante. Aceasta avea la dispoziția sa toate documentele necesare pentru a constata faptul că asocierea contestatoare deține, prin Subcontractantul său, atestatele prevăzute în fișa de date a achiziției.

Mai mult, legea reglementează obligația autorității contractante de a solicita ofertantului clarificări. Astfel, aceasta avea la dispoziția sa două mecanisme prealabile de verificare, însă, a preferat să respingă oferta ca inacceptabilă. Autoritatea contractantă a încadrat în mod greșit răspunsul Subcontractantului la întrebările din cuprinsul DUAЕ ca fiind o inadvertență de fond, aceasta fiind, în realitate, o inadvertență de formă având în vedere următoarele aspecte:

- comisia de evaluare avea obligația de a verifica întregul conținut al DUAЕ, fără a se limita la o singură secțiune a acestuia. Pentru a constata îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție impuse prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu trebuia să se limiteze doar la mențiunile prevăzute într-o anumită secțiune din DUAЕ, ci demersul de verificare impunea analiza integrală a conținutului DUAЕ în corelare cu documentele depuse și anexate acestuia.

- se consideră inadvertențele de formă și situația în care există neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ, astfel cum rezultă și din Notificarea ANAP nr. 240 referitoare la Ghidul de utilizare al DUAЕ (operatori economici), menționată chiar de către autoritatea contractantă prin comunicarea rezultatului procedurii.

- este evidentă existența unor inadvertențe de formă în cadrul DUAЕ depus pentru Subcontractant având în vedere că la Secțiunea IV Subcontractantul a bifat „nu”, iar la Secțiunea V (practic, secțiunea imediat următoare) au fost indicate autorizațiile solicitate de autoritatea contractantă. Aceasta avea posibilitatea reală de a sesiza aceste neconcordanțe la nivelul aceluiași DUAЕ și, în consecință, de a le încadra ca fiind inadvertențe de formă, iar nu de fond, cum, în mod greșit, a considerat.

- autoritatea contractanta avea la dispoziția sa atestatele. În cadrul ofertei depuse au fost anexate autorizațiile pentru care oferta

contestatorului a fost respinsă. Astfel, printr-o verificare formală a documentației anexate ofertei, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a constata îndeplinirea cerinței de calificare anterior menționate.

Raportat la faptul că (i) în conținutul aceluiași DUAЕ existau neconcordanțe ușor de sesizat, (ii) (inclusiv) în conținutul DUAЕ au fost indicate atestatele prevăzute în documentația de atribuire; precum și faptul că (iii) autoritatea contractantă a avut la dispoziția sa atestatele, reiese, în mod evident, că aceasta a procedat în mod nelegal la respingerea ofertei.

c. autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări pentru evaluarea ofertei

În primul rând, autoritatea contractantă avea obligația legală de a clarifica îndeplinirea sau neîndeplinirea cerințelor de clarificare a unui ofertant. Această obligație este corelativă dreptului asocierii contestatoare de a avea posibilitatea justificării modului în care a răspuns la o anumită întrebare din cadrul DUAЕ. Interesul oricărei autorități contractante ar trebui să fie edificarea situației reale intervenite în ceea ce privește îndeplinirea sau neîndeplinirea cerințelor de calificare prin solicitări de clarificări temeinice. Or, în cazul contestatorului, în realitate, autoritatea contractantă a căutat motive formale de respingere a ofertei printr-o evaluarea superficială și lipsită de interes.

În al doilea rând, putea interveni cu ușurință o eroare formală în privința răspunsului, având în vedere că întrebarea avea posibilitatea de a bifa doar 2 variante „da” sau „nu”, prin aplicarea greșită a bifei. Astfel, în verificarea unei posibile erori formale, se impunea solicitarea unei clarificări din partea ofertantului.

În al treilea rând, posibilitatea contestatorului de a motiva răspunsurile consemnate în DUAЕ este obstrucționată dacă, în momentul constatării unei inadvertențe la nivelul aceluiași DUAЕ, autoritatea contractantă nu solicită clarificări. Prin restrângerea dreptului contestatorului de a justifica alegerea răspunsului, în realitate, se restrânge și posibilitatea acestuia de a participa la procedura de atribuire, singura posibilitate a ofertantului de a demonstra îndeplinirea cerinței de calificare rămânând doar contestarea documentului emis de autoritatea contractantă.

În al patrulea rând, autoritatea contractantă nu trebuie să devină ea însăși un obstacol în participarea și câștigarea procedurii de atribuire prin limitarea posibilității ofertantului de a demonstra îndeplinirea unei cerințe de calificare, deși oferta depusă de acesta este conformă și respectă toate cerințele impuse prin documentația de atribuire.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile legale ce impuneau clarificarea neconcordanțelor intervenite la nivelul DUAЕ, preferând, în mod nejustificat și netemeinic, să dispună respingerea ofertei sale.

d. Autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității prin respingerea ofertei asocierii contestatoare

Pentru motivele învederate în cele ce preced, contestatorul apreciază că măsura respingerii ofertei sale este excesivă, prin raportare la principiul proporționalității, prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Acesta impunea autorității contractante să solicite precizări ofertantului, decât să opteze pentru respingerea ofertei acestuia, cu atât mai mult cu cât era

evident, din analiza integrală a documentației depuse că neconcordanțele din cuprinsul DUAЕ nu puteau fi altceva decât inadvertențe de formă, iar nu de fond ale ofertei, pentru care legea prevedea acordarea unei posibilități efective ofertantului de a le remedia.

Contestatorul consideră că a transmis atestările solicitate de autoritatea contractantă și a demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare, iar respingerea ofertei sale din procedura de atribuire pentru simplul fapt că, în cadrul DUAЕ, a fost bifat răspunsul „nu”, este abuzivă și încalcă principiul proporționalității măsurii dispuse.

..., în calitate de lider al asocierii ... – ... apreciază că:

- oferta sa îndeplinește cerința minimă de calificare prevăzută în fișa de date, Subcontractantul deținând atestatele impuse prin documentația de atribuire; documentele și informațiile relevante se aflau la dispoziția autorității contractante care, însă, a preferat în mod nejustificat, să le ignore;

- autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări privind neconcordanțele de formă la nivelul răspunsurilor Subcontractantului în cadrul aceluiași DUAЕ;

- respingerea ofertei, deși autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate documentele pentru a constata deținerea autorizațiilor de către Subcontractant, încalcă principiul proporționalității măsurii dispuse.

Concluzionând, asocierea contestatoare solicită C.N.S.C. anularea adresei nr. 53979/07.11.2019 de comunicare a rezultatului procedurii și a tuturor actelor interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe acestuia, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei sale.

Prin punctul de vedere nr. 56209/21.11.2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 47782/22.11.2019, ... solicită respingerea contestației ..., în calitate de lider al asocierii ... – ...

Autoritatea contractantă arată că, atașat anunțului de participare, s-a publicat în SEAP întreaga documentație de atribuire, în cadrul acesteia regăsindu-se, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) și alin. (10) din H.G. 395/2016, actualizată, DUAЕ și instrucțiunile către ofertanți/candidați, caietul de sarcini, care în mod obligatoriu, conține specificațiile tehnice ce reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii, formulare și modele de documente.

Urmare a contestației depuse de ofertantul ..., autoritatea contractantă arată că își menține decizia de respingere a acestei oferte ca inacceptabilă, așa cum a fost comunicată ofertantului prin adresa cu nr. 53979/07.11.2019.

În urma analizării DUAЕ-urilor transmise de către asocierea ... - ... în SEAP, în format scanat, cu semnătură electronică, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- ofertantul lider ... a transmis în SEAP, în formă scanată, cu semnătură electronică, DUAЕ-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările

ulterioare. În cadrul acestuia, la cap. IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, acesta a bifat că: NU.

- pentru asociatul ..., s-a transmis în SEAP, în format scanat, cu semnătură electronică, DUAЕ-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. În cadrul acestuia, asociatul ..., la cap. IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, a bifat că: NU.

- pentru subcontractantul ..., s-a transmis în SEAP cu semnătură electronică, DUAЕ-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. În cadrul acestuia, subcontractantul ..., la cap. IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, a bifat că: NU.

- în cadrul DUAЕ-ului transmis pentru subcontractantul ..., subcontractantul la cap. II. Informații referitoare la operatorul economic: A: Informații privind operatorul economic: - Dacă este cazul, operatorul economic este înscris pe o listă oficială a operatorilor economici agreeți sau deține o certificare echivalentă [de exemplu, în cadrul unui sistem național de (pre)calificare]? a bifat că: NU, ținând cont că în cadrul DUAЕ-ului publicat și completat de subcontractant se mai specifică următoarele: „În plus, vă rugăm să completați informațiile-lipsă în partea IV secțiunea A, B, C sau D, după caz, NUMAI dacă se solicită acest lucru în anunțul sau în documentele achiziției relevante.”

Având în vedere cele de mai sus menționate și ținând cont de:

- cerința din cadrul fișei de date a achiziției, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, unde se specifică: *„Ofertantul va face dovada deținerii unui Atestat A.N.R.E. de tip C2A sau echivalent, pentru executare de linii electrice, aeriene sau subterane, cu tensiuni nominale de 0,4 kV - 20 kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 kV, stații de medie tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune; include competențele atestatelor de tip Be, Bi, A2 și A1, sau echivalent în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. k, din Ordinul nr. 45/2016 privind aprobarea Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice. În situația participării la procedură cu ofertă comună cerința este îndeplinită dacă unul dintre asociați deține atestatul solicitat și numai cu condiția că acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitat. Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul ... În DUAЕ se va menționa nr. atestatului, numele firmei care deține atestatul și perioada de valabilitate ... În cazul în care ofertantul subcontractează lucrările pentru care se solicită atestatul, ofertantul pe lângă DUAЕ va prezenta și acord de subcontractare din care să rezulte că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul.”*

- cerința din cadrul fișei de date a achiziției, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, se specifică: *„Ofertantul va face dovada deținerii unei autorizații de tip EDSB sau echivalent, pentru sisteme de distribuție a gazelor naturale, sisteme de distribuție închise, precum și instalații aferente activității de producere/stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de medie, redusă și joasă presiune sau echivalent în conformitate cu prevederile art. 1 alin. (2) și alin.(5), tabel 1 din Ordinul nr. 98/2015 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale și a condițiilor-cadru de valabilitate aferente autorizațiilor. În situația participării la procedură cu ofertă comună cerința este îndeplinită dacă unul dintre asociați deține atestatul solicitat și numai cu condiția că acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitat. Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul. ... În DUAE se va menționa nr. atestatului, numele firmei care deține atestatul și perioada de valabilitate. ... În cazul în care ofertantul subcontractează lucrările pentru care se solicită atestatul, ofertantul pe lângă DUAE va prezenta și acord de subcontractare din care să rezulte că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul.”*

- cerința din cadrul fișei de date a achiziției, cap. VI.3 Informații suplimentare, Nota 7: În cadrul DUAE-ului ofertanții la Partea IV. Criteriile de selecție, vor specifica toate cerințele solicitate prin FDA;

- împreună cu anunțul de participare, autoritatea contractantă, ca parte a documentației de atribuire, a pus la dispoziția operatorilor economici modelul de DUAE, generat de aceasta, pe care ofertantul era obligat să îl completeze.

Autoritatea contractantă arată că a indicat în cuprinsul DUAE-ului, motivele de excludere și criteriile de calificare pentru care solicită informații operatorilor economici, în corelație cu cele precizate în fișa de date a achiziției.

Astfel, operatorii economici participanți la respectiva procedură de atribuire vor completa informațiile/răspunsurile aferente încadrării/neîncadrării în motivele de excludere, respectiv îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție solicitate de către autoritatea contractantă, care au corespondent la nivelul fișei de date a achiziției în cauză și nu vor avea dreptul să intervină asupra formatului DUAE, respectiv asupra cerințelor bifate de autoritatea contractantă, conform notificării nr. 240 <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/06/Ghid-utilizare-DUAE-operatori-economici-006.pdf>.

Conform DUAE-ului generat și publicat de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, nu s-a solicitat și nici nu s-a generat secțiunea – cap. V cu privire la Reducerea numărului de candidați calificați, astfel conform DUAE-ului publicat, nu s-a solicitat completarea cap. V.

În continuare, autoritatea contractantă citează prevederile din Regulamentul nr. 7 din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, în care se specifică la Partea V: *„Reducerea numărului de candidați calificați: Operatorul economic*

trebuie să prezinte informații numai dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă a specificat criteriile sau regulile obiective și nediscriminatorii aplicabile pentru limitarea numărului de candidați care vor fi invitați să depună oferte sau să participe la dialog. Aceste informații, care pot fi însoțite, dacă este cazul, de cerințe privind certificatele (tipurile de certificate) sau formele de documente justificative care trebuie furnizate, sunt prezentate în anunțul relevant sau în documentele achiziției menționate în anunț. Numai pentru procedurile restrânse, procedurile competitive cu negociere, procedurile de dialog competitiv și parteneriatele pentru inovare”, cele ale art. 75 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 123 alin. (1) și art. 132 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, conform legii achizițiilor publice, comisia de evaluare are obligația să evalueze ofertele conform documentației, clarificărilor și cerințelor publicate în cadrul anunțului de participare, iar ofertantul, vizavi de modul de completare și a dovedirii îndeplinirii cerinței de calificare avea posibilitatea, înainte de data deschiderii ofertelor, să solicite clarificări, potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă susține că ofertantul, în SEAP la documentele de calificare, conform cerințelor din fișa de date a achiziției, trebuia să atașeze și acordul de subcontractare, din care să rezulte că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul sau putea furniza din oficiu, alături de DUAЕ, atestatele solicitate, pentru a nu exista îndoieli față de îndeplinirea condiției de calificare. Acesta avea și posibilitatea, anterior datei și orei-limită, să revină și să încarce DUAЕ-ul generat și publicat de către autoritatea contractantă, completat în mod corespunzător la secțiunea privind documentele de calificare.

Chiar dacă ofertantul în cadrul propunerii tehnice, a prezentat atestatele, comisia de evaluare nu avea posibilitatea să solicite acestuia clarificări, deoarece Legea nr. 98/2016 specifică clar cronologia pentru evaluarea ofertelor, astfel: evaluarea preliminară calificare pe baza DUAЕ, evaluare tehnică, evaluare financiară, evaluare finală calificare pe baza documentelor suport.

Notificarea ANAP-ului nr. 240 privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale din 01.09.2016, prin care se specifică: „b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ. ... Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției”.

În continuare, autoritatea contractantă evocă jurisprudența relevantă, respectiv Decizia civilă nr. 4271 din 25.11.2016 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, deosebit de elocventă, în sensul că o completare necorespunzătoare a DUAЕ-lui atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă, chiar dacă, în realitate, ofertantul îndeplinește criteriile de calificare necompletate în DUAЕ.

Autoritatea contractantă face precizarea că în cadrul comisiei de evaluare, s-a decis, în unanimitate, că ofertantul Asocierea ... - ... nu îndeplinește cerința minimă de calificare din fișa de date a achiziției, cu privire la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, cu privire la deținerea unei Atestat A.N.R.E. de tip C2A și a unei autorizații de tip EDSB sau echivalent, deoarece informațiile respective se regăsesc la Cap. V din DUAE, pe care comisia de evaluare nu-l putea lua în considerare, deoarece acest capitol nu a fost prevăzut în cadrul DUAE-ului publicat și generat de către aceasta.

În drept, ... a decis că ofertantul Asocierea ... - ... nu îndeplinește cerința minimă de calificare din fișa de date a achiziției, potrivit art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, astfel oferta depusă este declarată ca inacceptabilă.

Legat de precizarea contestatorului că: *„Autoritatea contractantă este obligată să solicite clarificări din partea ofertantului”*, se arată că aceasta nu avea posibilitatea să solicite clarificări, conform notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale din 01.09.2016, prin care se specifică: *„b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE ... Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției”*, ... menționează că este obligată să evalueze DUAE-urile conform documentației publicate în cadrul anunțului și totodată, transmiterea unei solicitări de clarificări și acceptarea completării unor cerințe de calificare în cadrul DUAE-ului din partea comisiei de evaluare, ar fi avut ca efect încălcarea tratamentului egal, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. B) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, câtă vreme ceilalți ofertanți au prezentat și au completat DUAE-ul publicat, în mod corect.

Prin adresa nr. 72/29.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 48998/29.11.2019, ... transmite note scrise, formulate în replică față de punctul de vedere al autorității contractante și au ca scop fundamentarea argumentelor invocate prin contestație.

I. Sinteza argumentelor părților

a. Sinteza argumentelor asocierii contestatoare

Prin contestația formulată, s-a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei sale.

Argumentele asocierii contestatoare în susținerea contestației pot fi sintetizate astfel:

- oferta sa îndeplinește cerința minimă de calificare prevăzută în fișa de date, subcontractantul deținând atestatele impuse prin documentația de atribuire;

- documentele și informațiile relevante se aflau la dispoziția autorității contractante care, însă, a preferat în mod nejustificat, să le ignore;

- autoritatea contractantă a încadrat în mod greșit răspunsul subcontractantului la întrebările din cuprinsul DUAЕ ca fiind o inadvertență de fond, aceasta fiind, în realitate, o inadvertență de formă;

- autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări privind neconcordanțele de formă din răspunsurile subcontractantului din cadrul aceluiași DUAЕ;

- respingerea ofertei, deși autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate documentele pentru a constata deținerea atestatelor de către subcontractant și, în consecință, respectarea cerinței de calificare în discuție, încalcă principiul proporționalității măsurii dispuse.

b. Sinteza argumentelor autorității contractante

Autoritatea contractantă își menține decizia de respingere a ofertei contestatorului ca inacceptabilă, susținând, în esență, următoarele:

- constatarea bifării răspunsului negativ în cadrul Secțiunii IV din DUAЕ de către membrii asocierii, precum și constatarea bifării răspunsului negativ în cadrul Secțiunilor II și IV din DUAЕ depus de către subcontractant ar fi suficiente pentru a respinge oferta. Autoritatea contractantă califică, în mod greșit, eroarea completării DUAЕ de către subcontractant ca fiind o inadvertență de fond, iar nu de formă, ce ar conduce la respingerea ofertei în mod automat, fără a fi necesare clarificări;

- o pretinsă lipsă a Secțiunii V din DUAЕ generat și postat de către autoritatea contractantă în SEAP, deși această secțiune se regăsește în DUAЕ completat de subcontractant;

- o pretinsă lipsă a acordului de subcontractare din oferta asocierii, precum și posibilitatea ofertantului de a depune, atașat la DUAЕ, atestatele solicitate.

II. Temeinicia contestației

a. Autoritatea contractantă a calificat greșit inadvertențele din cuprinsul DUAЕ ca fiind erori de fond

Autoritatea contractantă, în mod greșit, susține că opțiunea subcontractantului de a bifa negativ Secțiunea a II-a și a IV-a în DUAЕ ar fi o inadvertență de fond ce ar conduce la respingerea ofertei contestatorului. Totuși, completarea eronată a DUAЕ de către subcontractant este o inadvertență de formă ce impunea autorității contractante să solicite clarificări privind acest aspect, având în vedere următoarele aspecte:

- situația în care există neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul aceluiași DUAЕ se consideră inadvertențele de formă, astfel cum rezultă și din Notificarea ANAP nr. 240/2016 referitoare la Ghidul de utilizare al DUAЕ (operatori economici), menționată chiar de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere formulat.

- autoritatea contractantă avea obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție prin raportare la conținutul DUAЕ. Din economia dispozițiilor art. 132 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 reiese că aceasta avea obligația să analizeze conținutul documentului depus în integritate, fără a se raporta strict doar la bifarea într-o anumită manieră a unora dintre secțiunile din cuprinsul DUAЕ. Or, deși se invocă această prevedere legală, în realitate, la momentul verificării ofertei, nu s-a analizat conținutul DUAЕ al subcontractantului, ci doar bifarea negativă a anumitor secțiuni pe care aceasta le consideră relevante.

- autoritatea contractantă avea posibilitatea legală de a invita contestatorul să completeze sau să clarifice documentele necesar a fi menționate în cadrul DUAЕ. Având în vedere că oferta contestatorului a fost respinsă din procedura de atribuire, deși respectă toate cerințele fișei de date, conduita autorității contractante este nelegală și abuzivă.

- solicitarea unei clarificări din partea autorității contractante nu afectează principiul tratamentului egal dacă are drept scop clarificarea unei situații concrete constatate în cadrul ofertei.

În susținerea argumentelor sale, contestatorul evocă jurisprudența relevantă, respectiv Hotărârea Tribunalului CJUE din 27.09.2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec, P.II-3781.

Dat fiind că subcontractantul a indicat deținerea atestatelor solicitate în cuprinsul DUAЕ, precum și faptul că acestea se aflau anexate în oferta asocierii contestatoare, se constată că eroarea constatată de către autoritatea contractantă este o inadvertență de formă și se impunea, cel puțin, clarificarea acestui aspect, iar nu respingerea discreționară și abuzivă a ofertei. Contestatorului arată că autoritatea contractantă nu a verificat în mod corect, complet și diligent oferta sa, aceasta fiind respinsă în mod nelegal.

b. Asocierea contestatoare a completat DUAЕ publicat de autoritatea contractantă în SEAP

Autoritatea contractantă susține că nu poate lua în considerare mențiunile subcontractantului de la Secțiunea V a DUAЕ deoarece această parte nu ar fi fost inclusă în DUAЕ generat și postat pentru procedura de atribuire și invocă acest argument doar pentru a induce în eroare Consiliul. Pentru a combate susținerea netemeinică și greșită a autorității contractante, contestatorul arată că:

- asocierea contestatoare nu poate modifica sau interveni asupra structurii DUAЕ. Procedura pentru completarea și depunerea DUAЕ, respectată de către asociere și subcontractant, este foarte simplă, respectiv:

- ofertantul descarcă versiunea DUAЕ încărcată de către autoritatea contractantă în aplicația Comisiei Europene;

- completează DUAЕ și îl atașează în cadrul procedurii de atribuire. Niciun operator economic nu are posibilitatea reală de a modifica conținutul, respectiv secțiunile, ce urmează a fi completate în cadrul DUAЕ publicat de către autoritatea contractantă, acesta fiind un document standard, cu o formatare specifică. Cu atât mai puțin credibilă este, în condițiile date, posibilitatea de adăugare a unor secțiuni pretins inexistente.

- DUAЕ publicat de autoritatea contractantă conține Secțiunea V. La momentul depunerii ofertei, contestatorul a descărcat versiunea DUAЕ postată de autoritatea contractantă. Secțiunea V se regăsește în cuprinsul acestei versiuni DUAЕ. Mai mult, această versiune a DUAЕ prezintă datele de identificare a procedurii de atribuire, respectiv: denumirea achizitorului, denumirea procedurii de atribuire, o scurtă descriere a acesteia și numărul de referință atribuit dosarului de către autoritatea contractantă.

- contestatorul a respectat formatul DUAЕ și a indicat deținerea avizelor. Nu se poate considera că subcontractantul sau asocierea nu a respectat formatul DUAЕ, având în vedere că (i) a utilizat formatul standard stabilit de Comisia Europeană; (ii) a completat versiunea DUAЕ descărcată

din aplicația Comisiei Europene aferentă procedurii de atribuire; (iii) DUAЕ conține toate datele de identificare a procedurii de atribuire (deci nu poate fi pretinsă vreo eroare de structură); (iv) au fost menționate avizele deținute de subcontractant tocmai pentru a demonstra îndeplinirea cerinței impuse prin fișa de date a achiziției.

- autoritatea contractantă nu a făcut dovada că ceilalți participanți la procedura de atribuire ar fi depus DUAЕ care nu include Secțiunea V. Cu toate că susține că ceilalți ofertanți au prezentat și au completat DUAЕ-ul publicat de către autoritatea contractantă, având o presupusă formă diferită, aceasta nu probează faptul că ceilalți participanți au depus DUAЕ care nu include Secțiunea V. Oricum, modalitatea de completare a DUAЕ de către ceilalți participanți nu poate reprezenta un criteriu legal de evaluare a ofertei contestatorului. Dincolo de conținutul efectiv al DUAЕ, ceea ce rămâne relevant, însă, este tocmai faptul necontestat al primirii documentelor doveditoare, care demonstrează contradicția, de către autoritatea contractantă; această situație a fost complet ignorată, însă, autoritatea preferând să respingă, mult prea rapid, oferta sa;

- completarea Secțiunii V din eroare nu poate conduce la respingerea ofertei contestatorului din procedura de atribuire. Autoritatea contractantă indică faptul că Secțiunea V din DUAЕ s-ar completa, conform Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016, doar în cazul altor proceduri de atribuire decât cea de licitație deschisă. Or, așa cum s-a arătat și anterior, completarea acestei secțiuni, chiar și din eroare, este o inadvertență de formă, ce ar conduce la o solicitare de clarificări din partea autorității contractante, iar nu respingerea ofertei, având în vedere că (i) documentele DUAЕ au fost depuse în cadrul ofertei și (ii) sunt îndeplinite cerințele impuse prin fișa de date, documentele doveditoare aflându-se în cadrul ofertei. Or, simpla bifare a unei alte secțiuni cu indicarea avizelor deținute de subcontractant, nu poate conduce la respingerea ofertei ca inacceptabilă și presupusa încălcare sancționată de către autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că oferta sa este conformă și acceptabilă având în vedere că (i) DUAЕ depus pentru membrii asocierii și subcontract este cel postat de autoritatea contractantă, forma acestuia fiind pe deplin respectată; (ii) membrii asocierii și subcontractul nu aveau posibilitatea reală de a modifica sau interveni asupra DUAЕ postat de autoritatea contractantă și (iii) aceasta avea la dispoziția sa toate documentele necesare pentru a constata conformitatea ofertei, anterior respingerii.

c. Asocierea contestatoare a depus în ofertă avizele și acordul de subcontractare

Autoritatea contractantă încearcă să inducă faptul că (i) asocierea nu ar fi depus acordul de subcontractare încheiat cu ..., precum și (ii) o aparentă obligație a asocierii de a anexa la DUAЕ și avizele solicitate de autoritatea contractantă. Susținerile acesteia sunt tendențioase și netemeinice, având în vedere că:

- acordul de subcontractare încheiat cu ... a fost depus în cadrul ofertei împreună cu documentele de calificare, astfel cum s-a impus prin documentația de atribuire. Astfel, contestatorul a îndeplinit cerința impusă

de fișa de date, deși autoritatea contractantă pare să nu fi observat existența acestui document în cadrul ofertei;

- ... va executa lucrările pentru care sunt necesare atestatele solicitate, respectiv: rețele de apă canal, rețele gaz, rețele telecomunicații, iluminat public, rețele electrice de medie și joasă tensiune, aspect ce reiese din acordul de subcontractare depus în cadrul ofertei. Prin urmare, s-a indicat autorității contractante că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul, cerința din fișa de date fiind, astfel, îndeplinită;

- autoritatea contractantă nu a impus, prin documentația de atribuire, obligația ofertantului de a anexa la DUAЕ avizele și atestatele solicitate. Faptul că autoritatea contractantă a omis să solicite, în mod expres, prin documentația de atribuire, obligația prezentării acestor documente încă din etapa de evaluare a DUAЕ, nu poate conduce la respingerea ofertei asocierii contestatoare pentru că nu s-a conformat unei obligații inexistente.

- etapa verificării DUAЕ constă tocmai în analiza declarațiilor pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție. Din economia dispozițiilor art. 193 din Legea nr. 98/2016 reiese faptul că autoritatea contractantă are obligația de a accepta, ca dovadă preliminară, declarația pe propria răspundere care confirmă că ofertantul îndeplinește anumite condiții solicitate prin documentația de atribuire. Astfel, pentru etapa verificării DUAЕ, autoritatea contractantă trebuie să verifice doar declarațiile depuse de asocieria contestatoare și de către subcontractant, fără a fi necesar, din punct de vedere legal, și prezentarea anumitor avize care să ateste îndeplinirea cerințelor impuse. Oricum, și aceste avize se aflau la dispoziția sa, fiind depuse în cadrul documentației de ofertă, aspect care putea fi ușor clarificat dacă autoritatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligația legală de a permite remedierea unor neconcordanțe pur formale la nivelul DUAЕ.

Contestatorul apreciază că, atât timp cât prin documentația de atribuire nu s-a impus în mod expres anexarea la DUAЕ a anumitor documente, autoritatea contractantă are obligația de a accepta declarația pe propria răspundere a asocierii și a subcontractanților privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție.

Astfel, susținerile autorității contractante privind lipsa depunerii avizelor și a acordului de subcontractare sunt greșite și de natură a induce în eroare având în vedere că (i) acordul de subcontractare a fost depus împreună cu DUAЕ; precum și că (ii) subcontractantul a menționat în DUAЕ deținerea avizelor solicitate.

Concluzionând, ..., în asocierie, solicită C.N.S.C. admiterea contestației sale, deoarece esența speței nu este reprezentată de (ne)îndeplinirea cerinței de calificare, ci de posibilitatea care trebuie recunoscută unui operator economic de a remedia erorile de formă conținute în DUAЕ, prin clarificările pe care, într-o astfel de situație, autoritatea contractantă este obligată să le solicite.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 29.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 49073/29.11.2019, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației ..., în asocierie, ca

nefondată și menținerea ca temeinică și legală a deciziei autorității contractante, având în vedere următoarele motive:

I. Admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție

În urma evaluării ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire, oferta asocierii ... - ... a fost declarată câștigătoare, rezultat comunicat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 54250/08.11.2019.

Având în vedere calitatea de ofertant câștigător, ... arată că este în drept să formuleze prezenta cerere de intervenție voluntară, în interesul autorității contractante, în dosarul având ca obiect contestația formulată de asocieria ... - ... împotriva adresei nr. 53979/07.11.2019 de comunicare a rezultatului procedurii, prin care respectiva ofertă a fost respinsă ca inacceptabilă.

Prin formularea cererii de intervenție se urmărește conservarea dreptului de câștigător al procedurii și justifică astfel un interes legitim pentru promovarea cererii, fiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (1) și alin. (3) C.Pr.Civ.

Astfel, intervenientul, în calitate de ofertant câștigător, susține că justifică un interes legitim și determinat, personal, născut și actual în a interveni pentru menținerea actelor autorității contractante și a rezultatului procedurii.

În continuare, intervenientul evocă jurisprudența în cauză (decizia nr. 1534/2016 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal și decizia nr. 72/2018 a Curții de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal).

Pentru toate aceste considerente, intervenientul solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

II. Contestația formulată de asocieria ... - ... este nefondată

Intervenientul precizează faptul că prin contestația formulată, se contestă decizia autorității contractante prin care oferta acestei asocieri a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, având în vedere că nu îndeplinește cerința minimă de calificare din fișa de date a achiziției - pct. III.1.3. a) Capacitatea tehnică și profesională, cu privire la deținerea unui atestat ANRE de tip C2 și a unei autorizații de tip EDSB. În esență, contestatorul pretinde că neconcordanțele între informațiile prezentate în DUAE de subcontractantul ... cu privire la deținerea atestatelor/autorizațiilor ANRE prevăzute în fișa de date reprezintă inadvertențe de formă, nu de fond și că autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita clarificări, iar prin respingerea ofertei, s-ar fi încălcat principiul proporționalității.

Intervenientul menționează că motivele contestației sunt nefondate, în realitate, autoritatea contractantă în mod corect și legal a respins oferta asocierii contestatoare ca inacceptabilă, având în vedere considerentele următoare:

Conform fișei de date a achiziției, cap. III.1.3. A) Capacitatea tehnică și/sau profesională: *„Ofertantul va face dovada deținerii unui Atestat A.N.R.E. de tip C2A sau echivalent pentru executare de linii electrice, aeriene sau subterane, cu tensiuni nominale de 0,4 kV - 20 kV, posturi de*

transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 kV, stații de medie tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune; include competențele atestatelor de tip Be, Bi, A2 și A1 sau echivalent în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. K) din Ordinul nr. 45/2016 privind aprobarea Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice.

Modalitatea de îndeplinire

În situația participării la procedură cu ofertă comună cerința este îndeplinită dacă unul dintre asociați deține atestatul solicitat și numai cu condiția că acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitat. Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul. (...) În DUAЕ se va menționa nr. atestatului, numele firmei care deține atestatul și perioada de valabilitate. (...) În cazul în care ofertantul subcontractează lucrările pentru care se solicită atestatul, ofertantul pe lângă DUAЕ va prezenta și acord de subcontractare din care să rezulte că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul.

Ofertantul va face dovada deținerii unei autorizații de tip EDSB sau echivalent, pentru sisteme de distribuție a gazelor naturale, sisteme de distribuție închise, precum și instalații aferente activității de producere/stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de medie, redusă și joasă presiune sau echivalent în conformitate cu prevederile art. 1 alin. (2) și alin. (5), tabel I din Ordinul nr. 98/2015 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale și a condițiilor-cadru de valabilitate aferente autorizațiilor.

Modalitatea de îndeplinire:

În situația participării la procedură cu ofertă comună cerința este îndeplinită dacă unul dintre asociați deține atestatul solicitat și numai cu condiția că acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitat. Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul. (...). În DUAЕ se va menționa nr. atestatului, numele firmei care deține atestatul și perioada de valabilitate. (...) În cazul în care ofertantul subcontractează lucrările pentru care se solicită atestatul, ofertantul pe lângă DUAЕ va prezenta și acord de subcontractare din care să rezulte că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul."

De asemenea, conform fișei de date a achiziției, cap. VI.3 Informații suplimentare, Nota 7: „În cadrul DUAЕ-ului ofertanții la Partea IV. Criteriile de selecție, vor specifica toate cerințele solicitate prin FDA."

În legătură cu îndeplinirea acestei cerințe de calificare, ofertantul lider ..., ofertantul asociat ... și subcontractantul S.C. ... T.E.L. au completat DUAЕ, unde la Partea IV. Criterii de selecție-A: „Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este

necesară o anumită autorizație”, toți au bifat: NU, rezultând cu claritate că nu dețin atestatele și autorizațiile solicitate.

De asemenea, subcontractantul ..., în DUAE la Partea II. Informații referitoare la operatorul economic: A: Informații privind operatorul economic: - *„Dacă este cazul, operatorul economic este înscris pe o listă oficială a operatorilor economici agreeți sau deține o certificare echivalentă [de exemplu, în cadrul unui sistem național de (pre)calificare]?”* a bifat: NU. În același DUAE se specificau următoarele: *„În plus, vă rugăm să completați informațiile-lipsă în partea IV secțiunea A, B, C sau D, după caz, NUMAI dacă se solicită acest lucru în anunțul sau în documentele achiziției relevante.”*

Doar în Partea V: Reducerea numărului de candidați calificați, parte care nu se regăsea în DUAE generat și publicat de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, subcontractantul ... a bifat la întrebarea *„Operatorul economic declară că: îndeplinește criteriile sau regulile obiective și nediscriminatorii aplicabile pentru limitarea numărului de candidați în următorul mod: În cazul în care sunt solicitate anumite certificate sau alte forme de documente justificative, vă rugăm să precizați pentru fiecare dintre acestea dacă operatorul economic dispune de documentele solicitate”,* răspunsul acestuia a fost: DA, iar la descrierea documentelor s-a menționat *„cazier judiciar, certificat dovadă plată taxe impozite locale și buget de stat, cazier fiscal, Atestat ANRE de tip E2, Autorizație ANRE tip EDSB”.*

2.1. Completarea necorespunzătoare a DUAE de către contestator. Acesta a completat un formular DUAE care nu corespunde cu cel generat și postat de autoritatea contractantă

Intervenientul arată că prin modul necorespunzător în care a fost completat DUAE de către asocierea contestatoare, nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare prevăzută la cap. III.1.3. A) din fișa de date, referitoare la deținerea atestatelor/autorizațiilor ANRE.

În primul rând, contestatorul, prin membrii săi și subcontractant, au completat un formular DUAE care nu corespunde cu formularul generat de autoritatea contractantă și publicat în SEAP odată cu întreaga documentație de atribuire.

Odată cu anunțul de participare, autoritatea contractantă a postat în SEAP, ca parte a documentației de atribuire, modelul de DUAE, generat în corelație cu cerințele precizate în fișa de date a achiziției și se citează prevederile art. 20 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, operatorii economici participanți la această procedură de atribuire aveau obligația de a completa formularul DUAE generat și postat de autoritatea contractantă, parte din documentația de atribuire, cu informațiile/răspunsurile aferente încadrării/neîncadrării în motivele de excludere, respectiv îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție solicitate de, corespunzătoare celor din fișa de date a achiziției, operatorii economici neavând dreptul să intervină asupra formatului DUAE, respectiv asupra cerințelor bifate de autoritatea contractantă.

Intervenientul arată că formularul DUAE generat și publicat de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, nu conținea

Partea V - Reducerea numărului de candidați calificați, fiind o parte care nu este specifică acestei proceduri de atribuire.

Potrivit Regulamentului Comisiei Europene nr. 7 din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, în Anexa 2 care cuprinde formularul standard pentru DUAЕ, la Partea V: Reducerea numărului de candidați calificați, se prevede: *„Operatorul economic trebuie să prezinte informații numai dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă a specificat criteriile sau regulile obiective și nediscriminatorii aplicabile pentru limitarea numărului de candidați care vor fi invitați să depună oferte sau să participe la dialog. Aceste informații, care pot fi însoțite, dacă este cazul, de cerințe privind certificatele (tipurile de certificate) sau formele de documente justificative care trebuie furnizate, sunt prezentate în anunțul relevant sau în documentele achiziției menționate în anunț. Numai pentru procedurile restrânse, procedurile competitive cu negociere, procedurile de dialog competitiv și parteneriatele pentru inovare”*.

Prin urmare, Partea V: Reducerea numărului de candidați calificați nu a fost generată în formularul DUAЕ configurat de autoritatea contractantă și postat în SEAP și care făcea parte din documentația de atribuire.

Pe cale de consecință, informațiile completate în mod greșit în alt format DUAЕ, în această Parte a V-a, de către subcontractantul ..., nu puteau fi luate în considerare de autoritatea contractantă, deoarece această Parte a V-a nu a fost inclusă în cadrul DUAЕ publicat și generat de aceasta, obligatoriu pentru toți ofertanții. Doar informațiile prezentate de ofertant în cadrul secțiunilor existente în cadrul formularului DUAЕ generat de autoritatea contractantă puteau fi luate în considerare, pentru respectarea principiului tratamentului egal pentru toți ofertanții.

Or, așa cum corect a analizat autoritatea contractantă formularele DUAЕ completate de asocierea contestatoare, dat fiind că în Partea IV. Criterii de selecție-A: Capacitatea de a corespunde cerințelor: la întrebarea *„Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație”*, toți membrii asocierii și subcontractantul au bifat: NU, rezultă că cerința minimă de calificare prevăzută la cap. III.1.3. A) din fișa de date, referitoare la deținerea atestatelor/autorizațiilor ANRE, nu este îndeplinită de acest ofertant și intervenientul citează prevederile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 și extras din Notificarea ANAP nr. 240/28.06.2016: *„DUAЕ reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic, potrivit, căreia acesta nu se află într-una dintre situațiile de excludere prevăzute de legislația națională și îndeplinește criteriile de calificare și selecție precizate de autoritatea/entitatea contractantă la nivelul fișei de date a achiziției, precum și, după caz, respectă regulile și criteriile obiective care au fost stabilite în scopul limitării numărului de candidați calificați care urmează să fie invitați să participe în cadrul procedurilor de atribuire care se derulează în mai multe etape”*.

Din aceste dispoziții, rezultă că DUAЕ a fost conceput ca un mecanism pentru a reduce sarcinile administrative pentru autoritățile contractante și a facilita procedura de atribuire. Totuși, acest instrument presupune un grad ridicat de credibilitate pe care trebuie să îl prezinte operatorii economici, întrucât, într-o primă etapă, autoritatea contractantă se bazează pe simplele

lor declarații, prezumând că acestea sunt conforme cu situația reală. Abia într-o etapă ulterioară, după aplicarea criteriului de atribuire, autoritatea contractantă solicită numai ofertantului clasat pe primul loc documente justificative actualizate prin care să probeze informațiile oferite prin formularul DUAE.

Prin urmare, pentru a da eficiență principiilor tratamentului egal, nediscriminării și transparenței, reglementate expres la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe de o parte (i) operatorii economici trebuie să acționeze cu integritate furnizând prin intermediul formularului DUAE informații veridice și complete, iar pe de altă parte (ii) autoritatea contractantă trebuie să se asigure, înainte de semnarea contractului, că ofertantul clasat pe primul loc într-adevăr a probat toate declarațiile făcute în cadrul DUAE.

În continuare, contestatorul citează prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, art. 20, art. 123 alin. (1) și art. 132 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și susține că în baza acestora, asocierea contestatoare avea obligația de a completa formularul DUAE astfel cum a fost publicat de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, cu informațiile privind îndeplinirea cerințelor de calificare. În mod corespunzător, autoritatea contractantă avea obligația de a evalua oferta contestatorului prin analizarea conținutului și informațiilor cuprinse în formularul DUAE corespunzător celui generat și publicat de aceasta.

Dacă contestatorul ar fi avut o neclaritate referitoare la documentația de atribuire, din care face parte DUAE și la modul de completare și dovedire a îndeplinirii cerinței de calificare, avea posibilitatea, înainte de data deschiderii ofertelor, să solicite clarificări, potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează. În condițiile în care nu a solicitat clarificări referitoare la DUAE și documentația de atribuire, se consideră că aceasta a fost acceptată fără rezerve și trebuie respectată de toți ofertanții.

De asemenea, intervenientul precizează că documentația de atribuire, alcătuită din DUAE, fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura 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. Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar nici una dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În concluzie, documentația de atribuire acceptată implicit îi impunea asocierii contestatoare să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, inclusiv să completeze în mod corespunzător formularul DUAE generat și postat de autoritatea contractantă, cu informațiile solicitate pentru îndeplinirea cerințelor de calificare, în secțiunile corespunzătoare ale acestui formular.

3. Cerința referitoare la deținerea atestatului și autorizației ANRE nu e îndeplinită de asocierea contestatoare, nici chiar luând în considerare informațiile furnizate în partea a V-a a DUAE

Așa cum s-a arătat mai sus, subcontractantul ... a completat în mod eronat informații în Partea V a DUAЕ, răspunzând cu „Da” la întrebarea *„Operatorul economic declară că: îndeplinește criteriile sau regulile obiective și nediscriminatorii aplicabile pentru limitarea numărului de candidați în următorul mod: în cazul în care sunt solicitate anumite certificate sau alte forme de documente justificative, vă rugăm să precizați pentru fiecare dintre acestea dacă operatorul economic dispune de documentele solicitate”*. Aferent acestui răspuns, la descrierea documentelor, s-a menționat *„cazier judiciar, certificat dovadă plată taxe impozite locale și buget de stat, cazier fiscal, Atestat ANRE de tip E2, Autorizație ANRE tip EDSB”*.

Însă, conform cerinței de la cap. III.1.3.A) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date, ofertantul trebuia, pe de o parte, *„să menționeze în DUAЕ nr. atestatului, numele firmei care deține atestatul și perioada de valabilitate”*, iar pe de altă parte, *„să prezinte, pe lângă DUAЕ și acordul de subcontractare din care să rezulte că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul”*.

Intervenientul apreciază că niciuna din aceste condiții nu a fost îndeplinită. Pe lângă faptul că au fost completate într-o secțiune care nu făcea parte din formularul DUAЕ configurat de autoritatea contractantă, subcontractantul ... a menționat la modul general că dispune de atestatul ANRE de tip E2 și autorizația ANRE tip EDSB, fără a se indica caracteristicile specifice ale acestor atestate și autorizații solicitate prin documentația de atribuire, respectiv: numărul atestatului, numele firmei, perioada de valabilitate. De asemenea, nu a fost depus acordul de subcontractare care să facă dovada că subcontractantul va presta integral partea din contract pentru care sunt necesare autorizațiile și atestatele solicitate și se citează prevederile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 51 din H.G. nr. 395/2016.

Prin urmare, chiar și dacă s-ar lua în considerare mențiunile din Partea V din DUAЕ completat de subcontractantul ..., cerința de la pct. III.1.3. A) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date, nu poate fi considerată îndeplinită, pentru că lipsesc informații esențiale referitoare la atestatele/autorizațiile ANRE deținute, respectiv numărul atestatului, numele firmei, perioada de valabilitate și nu a fost depus acordul de subcontractare. Practic, nu se face dovada concretă că respectivele autorizații/avize există, că sunt valabile, prin neindicarea numărului, datei, numelui persoanei pentru care sunt emise, perioadei de valabilitate și nu s-a depus acordul de subcontractare, care să facă dovada că subcontractantul ... va executa partea din contract pentru care sunt solicitate avizele/autorizațiile ANRE respective.

Acestea nu pot fi considerate în niciun caz simple „inadvertențe de formă”, cum încearcă să susțină contestatorul, ci lipsesc cu desăvârșire din DUAЕ informații și documente esențiale solicitate de autoritatea contractantă, cu referire la atestatele și autorizațiile ANRE, în lipsa cărora cerința de calificare respectivă nu poate fi considerată îndeplinită.

Susținerile contestatorului în sensul că a fi anexat în cadrul propunerii tehnice atestatul și autorizația ANRE respective și că autoritatea contractantă ar fi putut să verifice existența acestora, nu pot fi primite,

întrucât aceasta a evaluat, în primă etapă, documentația DUAЕ și îndeplinirea cerințelor de calificare pe baza DUAЕ și a constatat, în mod legal și corect, că una din cerințe (referitoare la atestatul și autorizația ANRE) nu a fost îndeplinită de contestator, respingând oferta acestuia ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, față de cronologia etapelor de evaluare a ofertelor stabilită prin Legea nr. 98/2016, respectiv: (i) evaluarea condițiilor de calificare pe baza DUAЕ, (ii) evaluare tehnică, (iii) evaluare financiară, (iv) evaluare finală calificare pe baza documentelor suport DUAЕ, este evident că autoritatea contractantă nu a mai trecut la deschiderea și evaluarea propunerii tehnice a contestatorului, ca să poată verifica dacă există depuse aceste atestate și autorizații și nici nu trebuia să facă acest lucru, oferta fiind respinsă din prima etapă, în mod corect și legal.

În condițiile în care formularul DUAЕ nu a fost completat corespunzător de către asocierea contestatoare, lipsind informațiile referitoare la atestatele/autorizațiile ANRE solicitate prin fișa de date, nu pot fi reținute susținerile acesteia în sensul că măsura autorității contractante este una excesivă și disproporționată și, în acest sens, intervenientul citând prevederile art. 137 din H.G. nr. 395/2016.

Față de aceste prevederi legale, intervenientul arată că susținerile contestatorului în sensul că măsura respingerii ofertei sale este abuzivă și încalcă principiul proporționalității, sunt neîntemeiate. Respingerea ofertei pentru necompletarea DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă este reglementată ca o obligație pentru autoritatea contractantă, astfel încât nu se poate reține că s-ar fi acționat abuziv sau disproporționat, aceasta acționând în concordanță cu prevederile legale.

Prin urmare, față de aceste texte legale, reiese clar că nu revenea autorității contractante obligația de a depune diligențe suplimentare sau de a solicita clarificări, iar respingerea ofertei pentru necompletarea corespunzătoare a DUAЕ este o măsură prevăzută de lege, iar nu lăsată la aprecierea discreționară a autorității contractante, neputându-se astfel reține caracterul disproporționat sau formalist al măsurii luate. În același sens, se evocă jurisprudența în materie - Decizia civilă nr. 1593/06.04.2017 pronunțată de Curtea de Apel București și Decizia civilă nr. 4271/25.11.2016 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara.

4. Autoritatea contractantă nu avea obligația de a solicita clarificări ofertantului contestator, în condițiile în care acesta nu a completat în mod corespunzător DUAЕ și nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare. Solicitarea de clarificări ofertanților reprezintă un drept al autorității contractante, nu o obligație.

Prin contestația formulată, se încearcă să se mascheze greșeala în ce privește completarea necorespunzătoare a DUAЕ și nefurnizarea completă a datelor și informațiilor solicitate de autoritatea contractantă cu privire la cerința de calificare privind autorizațiile și atestatele ANRE, afirmând că ar fi vorba de simple „neconcordanțe” sau „inadvertențe de formă” și să transfere culpa în sarcina autorității contractante, care, în opinia asocierii contestatoare, avea obligația să îi solicite clarificări referitoare la modul de completare a DUAЕ.

Intervenientul precizează faptul că aceste considerente sunt profund eronate.

Pe de o parte, completarea necorespunzătoare a DUAЕ, utilizând alt formular decât cel configurat de autoritatea contractantă, bifând la o secțiune (în Partea IV) că nu sunt deținute autorizații, pentru ca în Partea V să fie indicate la modul general avizul și autorizația ANRE, fără a se indica caracteristicile/informațiile obligatorii solicitate și fără a se depune acordul de subcontractare, nu sunt „neconcordanțe” sau „inadvertențe de formă”, ci sunt inadvertențe grave de fond, constând în omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări și care duc în mod automat la concluzia neîndeplinirii cerinței de calificare și la respingerea ofertei, ca inacceptabilă.

În acest sens, intervenientul arată că în Notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale din 01.09.2016, se prevede în mod expres: „În etapa de analiză a conținutului DUAЕ, pot interveni următoarele situații:

a) *inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări;*

b) *inadvertențe de fond. respectiv erori/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.*

(...)

b) *Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ*

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.”

Prin urmare, autoritatea contractantă, față de modul defectuos, necorespunzător de completare a DUAЕ de către asocierea contestatoare, nu avea obligația de a solicita clarificări, ci avea obligația legală de a respinge oferta ca inacceptabilă.

Pe de altă parte, în legătură cu solicitările de clarificări adresate ofertanților în procedură, autoritatea contractantă are dreptul, nu obligația de a solicita clarificări, conform art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Așa cum rezultă în mod evident din textul de lege mai sus-menționat și cum s-a decis în mod constant în jurisprudența în materie, autoritatea contractantă are, pe de o parte, dreptul, nu obligația, de a solicita clarificări, iar pe de altă parte, nu are dreptul ca, prin clarificările și completările solicitate, să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

Referitor la textul de lege invocat de contestator, respectiv art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, intervenientul precizează că nu este de natură a conduce la o altă concluzie, întrucât acesta nu reglementează obligația pentru autoritate de a solicita clarificări, astfel cum în mod eronat susține contestatorul. Art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 reglementează modalitatea în care comisia de evaluare își va exercita dreptul de a solicita clarificări sau completări, în sensul că, în situația în care va considera că sunt necesare astfel de clarificări sau completări, va stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. La această concluzie conduce și alin. (4) al art. 134, în care legiuitorul a înțeles să menționeze în mod expres că, comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

A admite, în prezenta cauză, că există obligația autorității contractante de a solicita contestatorului să furnizeze informațiile lipsă din DUAE ar însemna să i se creeze un avantaj față de ceilalți ofertanți, cu atât mai mult cu cât cerința ce trebuia respectată a fost clar definită în documentația de atribuire, accesibilă în mod egal tuturor ofertanților. Transmiterea unei solicitări de clarificări și acceptarea completării unor cerințe de calificare în cadrul DUAE-ului din partea comisiei de evaluare ar fi avut ca efect încălcarea tratamentului egal, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. B) din Legea nr. 98/2016, câtă vreme ceilalți ofertanți au prezentat și au completat DUAE-ul publicat, în mod corect.

În acest sens, intervenientul arată că acesta, spre deosebire de asocierea contestatoare, a înțeles să completeze corespunzător formularul DUAE postat de autoritatea contractantă, unde la Partea IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor: la întrebarea „Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație”, a bifat „Da” și a descris detaliat atestatul și autorizația ANRE deținute, indicând în mod precis numărul, data, numele persoanei pentru care a fost emis, perioada de valabilitate a acestor documente și a depus, totodată, acordurile de subcontractare.

Prin urmare, decizia autorității contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta asocierii contestatoare, pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută la pct. III.1.3. A din fișa de date, este corectă și legală.

5. Cerința de calificare nu este îndeplinită, nici din perspectiva faptului că subcontractantul ..., pe ale cărui autorizație și atestat ANRE se bazează oferta asocierii contestatoare, este în faliment.

Intervenientul arată că, potrivit Buletinului Procedurilor de Insolvență nr. 18931/09.10.2019, a fost publicată Notificarea privind deschiderea procedurii falimentului împotriva debitoarei ... în dosarul nr. 10900/3/2016 a Tribunalului București Secția a VII-a Civilă.

Conform acestei notificări, prin Hotărârea nr. 1189 din 04.03.2019, Tribunalul București Secția a VII-a Civilă a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei ... Instanța a respins planul de reorganizare propus de debitoare prin administrator special și, în temeiul art. 145 alin. (1) lit. B) din Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenței, a dispus

intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei. În temeiul art. 145 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, instanța a ridicat dreptul de administrare al debitorului și a dispus dizolvarea societății debitoare, precum și sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului. La data de 24.09.2019, Curtea de Apel București a respins apelurile formulate de administratorul special și creditorul ...ca fiind nefondate.

Soluția este definitivă, astfel că Hotărârea nr. 1189/2019 din 04.03.2019 este definitivă. Tribunalul București prin sentința nr. 1189/2019 din 04.03.2019, rămasă definitivă prin Hotărârea din 24.09.2019 luată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 10900/3/2016, a numit lichidator judiciar provizoriu pe ...

Prin urmare, subcontractantul ... este în faliment, conform Sentinței Tribunalului București nr. 1189 din 04.03.2019, rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel București nr. 1397/24.09.2019.

Intervenientul precizează că în DUAЕ completat de subcontractantul ..., în partea III-Motive de excludere pct. C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, acesta a menționat doar că, conform sentinței din 04.04.2016 în dosar nr. 1090073/2016 societatea este în perioada de supraveghere și poate participa și executa lucrări. S-a menționat că prin Sentința civilă nr. 1189 din 04.03.2019 instanța a respins planul de reorganizare propus de ... și a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a debitorului ..., însă că prin Decizia civilă pronunțată în dosarul nr. 1359/2/2019 la data de 10.05.2019 de Curtea de Apel București, s-a dispus suspendarea sentinței civile nr. 1189/04.03.2019 până la soluționarea apelului.

Contrar celor menționate în DUAЕ, subcontractantul ... se găsește în prezent în situație de faliment, ceea ce reprezintă caz de excludere de la procedură, prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) nu este aplicabilă, dat fiind că în cazul ..., instanța a respins planul de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment, fiind dispusă dizolvarea societății și sigilarea bunurilor sale.

În continuare intervenientul evocă prevederile art. 170 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și menționează faptul că, deși din 24.09.2019, sentința Tribunalului București nr. 1189/04.03.2019 de intrare în faliment a ... a rămas definitivă, ofertantul nu a înștiințat autoritatea contractantă cu privire la situația de faliment a subcontractantului, acționând cu rea-credință și ascunzând informații esențiale cu privire la acesta. Situația de faliment a subcontractantului, ale cărui atestat și autorizație ANRE ofertantul le folosește în procedura de atribuire, constituie un argument în plus în ce privește neîndeplinirea cerinței de calificare privind autorizația și atestatul ANRE.

Cerința de calificare de la cap. III.I.3.A referitoare la Capacitatea tehnică și/sau profesională prevede: „Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul”. Prin urmare, cerința presupune îndeplinirea a două condiții cumulative: (i) subcontractantul să dețină atestatul și autorizația ANRE solicitate și (ii) subcontractantul să

execute integral partea din contract pentru care s-a cerut atestatul/autorizația.

Or, în condițiile în care subcontractantul ... este în faliment, s-a dispus dizolvarea acestei societăți și sigilarea bunurilor sale, este evident că acest subcontractant nu are capacitatea tehnică și profesională necesară să execute partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul și autorizația ANRE.

Prin urmare, chiar și dacă acest subcontractant ar deține atestatul și autorizația ANRE solicitate prin documentația de atribuire (aspect pe care nu l-a dovedit prin informațiile furnizate în DUAE), cerința de calificare nu este îndeplinită, întrucât autoritatea contractantă nu poate lua în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului ..., pentru partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul și autorizația ANRE, dat fiind că acesta este în faliment și nu mai poate executa partea respectivă din contract, respectiv nu mai poate, în mod legal, participa la procedura de atribuire, fiind în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Având în vedere și această situație, cerința de calificare referitoare la deținerea autorizației și atestatului ANRE, prevăzută la pct. III.1.3.a) din fișa de date, nu este îndeplinită de asocierea contestatoare.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... solicită C.N.S.C admiterea cererii de intervenție și respingerea ca nefondată a contestației formulate de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... împotriva adresei nr. 53979/07.11.2019 privind comunicarea rezultatului procedurii prin care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă și, pe cale de consecință, menținerea ca temeinică și legală a comunicării rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 04.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 49637/04.12.2019, ... transmite concluzii scrise, formulate în replică față de cererea de intervenție promovată de ... și au ca scop fundamentarea argumentelor invocate prin contestație. La pronunțarea Deciziei în prezenta cauză, suplimentar argumentelor expuse anterior, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și argumentele invocate în prezentele concluzii scrise, astfel:

A. Măsura respingerii ofertei încalcă principiul proporționalității. Autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita clarificarea inadvertențelor de formă

Contestatorul susține că în cadrul DUAE, subcontractantul ... a menționat, în mod expres, deținerea atestatelor impuse prin fișa de date a achiziției. Din economia dispozițiilor art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reiese că, în etapa de verificare a DUAE, autoritatea contractantă are obligația de a accepta, ca dovadă preliminară, declarația ofertatului în locul certificatelor emise de autoritățile publice.

Astfel, în speță, autoritatea contractantă nu a depus diligențele pentru a verifica în mod corespunzător îndeplinirea sau neîndeplinirea cerinței impuse prin fișa de date, prin luarea în considerare a declarațiilor subcontractantului din cadrul DUAE și a respins oferta asocierii contestatoare pentru simplul motiv că, în cadrul Secțiunii IV a DUAE, nu a fost menționată deținerea avizelor solicitate. Chiar și în cererea de

intervenție formulată de ... se susține că, în etapa de evaluare a DUAЕ, autoritatea contractantă trebuie să țină seama de declarațiilor operatorilor economici.

Prin urmare, raportat la faptul că subcontractantul a menționat deținerea atestatelor în cadrul DUAЕ, autoritatea contractantă avea obligația de a accepta declarația acestuia, ca dovadă preliminară, privind deținerea documentelor solicitate.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a avut la dispoziția sa toate documentele necesare pentru a constata îndeplinirea de către asociere a cerințelor impuse prin fișa de date. Acordul de subcontractare și avizele au fost depuse de către asociere în cadrul ofertei. Astfel, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a analiza și verifica avizele depuse, măsura respingerii ofertei fiind, prin urmare, excesivă în raport de inadvertențele cuprinse în DUAЕ depus de către subcontractant.

Mai mult, autoritatea contractantă a parcurs toate etapele de evaluare într-o singură zi, raportat la faptul că atât respingerea ofertei asocierii contestatoare, în etapa de verificare a DUAЕ, cât și declararea câștigătoare a ofertei ... au avut loc în data de 07.11.2019. Or, având în vedere că toate etapele de evaluare a ofertelor s-au efectuat în decursul aceleiași zile, autoritatea contractantă avea posibilitatea reală de a verifica și dacă asocierea contestatoare a depus sau nu avizele impuse prin documentația de atribuire, precum și dacă acestea respectă condițiile pentru a fi considerate conforme. Cu toate acestea, autoritatea contractantă, în mod neîntemeiat, a ales să respingă oferta asocierii contestatoare fără a verifica în concret îndeplinirea cerințelor impuse prin documentația de atribuire și fără a solicita o clarificare a situației din partea ofertantului.

Avizele depuse în cadrul ofertei sunt valabile, conforme și respectă toate cerințele impuse prin fișa de date. Asocierea contestatoare, prin subcontractant, a menționat în cadrul DUAЕ deținerea atestatelor solicitate, iar, în cadrul propunerii tehnice, acestea au fost anexate. Faptul că (i) autoritatea contractantă avea la dispoziția sa atestatele solicitate, precum și că (ii) acestea sunt valabile și conforme, sunt aspecte ce nu au fost constatate sau contestate de către autoritatea contractantă. Or, faptul că asocierea contestatoare nu le-a depus anexat DUAЕ, nu poate constitui un motiv pentru respingerea ofertei, atât timp această obligație nu a fost impusă prin documentația de atribuire.

Posibilitatea autorității contractante de a solicita clarificări este indubitabilă, atât în raport de dispozițiile legale aplicabile, de Notificarea ANAP, cât și de jurisprudența instanțelor naționale și a CJUE.

Asocierea contestatoare susține că a completat DUAЕ postat și generat de către autoritatea contractantă și nu avea posibilitatea de a modifica, completa, genera sau întreprinde orice demersuri de schimbare a DUAЕ generat și postat de către aceasta, exceptând cea de bifare a căsuțelor corespunzătoare în vederea răspunderii la întrebările din formularul standardizat.

Concret, activitatea de obținere a DUAЕ pentru procedura de atribuire este simplă, respectiv (i) se descarcă din aplicația Comisiei Europene; (ii) se bifează căsuțele corespunzătoare; iar (iii) versiunea ce cuprinde datele operatorului economic se încarcă în procedura de atribuire. Prin urmare,

contestatorul nu are posibilitatea reală de a modifica structura DUAЕ și de a adăuga anumite secțiuni, astfel cum, în mod netemeinic, susține ...

În continuare, contestatorul face aprecieri cu privire la principiul tratamentului egal, care nu ar fi fost încălcat dacă autoritatea contractantă ar fi luat în considerare toate informațiile furnizate de subcontractant prin DUAЕ, ci respectat întru totul, la măsura respingerii ofertei urmare a constatării unor inadvertențe de formă, ce încalcă principiul proporționalității având în vedere că, din analiza integrală a DUAЕ depus de către subcontractant, neconcordanțele nu puteau fi altceva decât inadvertențe de formă, iar nu de fond ale ofertei.

B. Critica ... privind insolvența ... nu poate fi reținută și analizată de către Consiliu

... susține că atestatele ... nu pot fi luate în considerare de către autoritatea contractantă pentru că această societate s-ar afla în procedura insolvenței. Contestatorul solicită Consiliului să nu rețină și să nu ia în considerare această critică formulată de intervenient, având în vedere că:

a) oferta asocierii contestatoare a fost respinsă din procedura de atribuire strict urmare a faptului că în cadrul Secțiunii IV, atât membrii asocierii, cât și subcontractantul au bifat „nu”. Nicio altă critică a ofertei nu a fost menționată sau luată în considerare la momentul respingerii acesteia.

Prin urmare, anterior investiției Consiliului, autoritatea contractantă nu a analizat situația ... și, de altfel, nici nu avea cum, deoarece oferta a fost respinsă în etapa verificării DUAЕ când aceasta trebuia să ia în considerare declarațiile membrilor asocierii și subcontractantului privind îndeplinirea unor cerințe impuse prin documentația de atribuire.

(b) contestația vizează anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire. Limitele în care Consiliul urmează a soluția prezenta speță sunt stabilite prin chiar contestația promovată. Concret, Consiliul urmează a analiza exclusiv (i) faptul că inadvertențele constatate de autoritatea contractantă în oferta asocierii contestatoare sunt erori de formă ce ar fi trebuit să conducă la clarificarea situației intervenite, iar nu la respingerea ofertei, precum și (ii) faptul că asocierea contestatoare a depus în cadrul ofertei avizele impuse prin documentația de atribuire. Nicio altă critică nu mai poate fi adăugată în această etapă procesuală de către ..., deoarece nu are o calitate procedurală de a permite discutarea sau completarea criticilor față de oferta contestatorului, ci trebuie să se circumscrie criticilor pentru care oferta a fost respinsă din procedura de atribuire.

Prin urmare, contestatorul precizează că ... nu are posibilitatea reală de a adăuga noi critici față de oferta asocierii contestatoare, ci trebuie să se limiteze la aspectele constatate, de altfel, în mod greșit, de către autoritatea contractantă la momentul comunicării rezultatului procedurii de atribuire.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... solicită admiterea contestației sale.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „Pod peste râul ...– amplasament str. ...”, cod CPV

45221100-3 – Lucrări de construcții pentru poduri (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 141.794.420,00 lei, fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 38579/30.07.2019 al ședinței de deschidere a ofertelor, s-a consemnat faptul că 2 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind asocierea ... – ..., contestatorul din prezenta cauză.

Conform raportului procedurii nr. 53958/07.11.2019, oferta asocierii ... – ... a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară de 141.643.292,84 lei, fără TVA.

Comunicarea privind rezultatul procedurii, a fost transmisă de autoritatea contractantă către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., prin adresa nr. 53979/07.11.2019.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la declararea ofertei asocierii ... – ... ca inacceptabilă.

Prin Încheierea nr. 1846/C7/2449/21.11.2019, C.N.S.C. respinge solicitarea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei.

Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., a formulat cerere de intervenție accesorie ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., prin care a solicitat admiterea acesteia, respingerea contestației ..., în asociere, ca nefondată și menținerea ca temeinică și legală a deciziei autorității contractante.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, este evident, ofertantul intervenient urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Trecând la soluționarea fondului cauzei, Consiliul constată că, prin adresa nr. 53979/07.11.2019, ..., în asociere, a fost informată cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, conținutul comunicării fiind redat *in integrum* în cele ce urmează:

„Prin prezenta vă facem cunoscut faptul că în urma evaluării ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire pentru procedura de achiziție publică desfășurată în vederea încheierii contractului pentru: «Pod peste râul ...-amplasament str. ...» inițiată în SEAP prin anunțul de participare publicat în SEAP cu nr. ..., oferta depusă de dvs. a fost respinsă din următoarele motive:

În urma analizării DUAE-urilor transmise de dvs. în SEAP, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- dvs. (...) ați transmis în SEAP cu semnătură electronică DUAE-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, actualizată. În cadrul Documentului unic de achiziție European, dvs. (...) la IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, ați bifat că: NU.

- pentru asociatul S.C. ..., ați transmis în SEAP cu semnătură electronică DUAE-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, actualizată. În cadrul Documentului unic de achiziție European, asociatul S.C. ..., la IV. Criterii de selecție - A Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, a bifat că: NU.

- pentru subcontractantul ..., ați transmis în SEAP cu semnătură electronică DUAE-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, actualizată. În cadrul Documentului unic de achiziție European, subcontractantul ..., la IV. Criterii de selecție - A Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, a bifat că: NU.

Având în vedere cele de mai sus menționate și ținând cont de:

- cerința din cadrul fișei de date, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, unde se specifică: «Ofertantul va face dovada deținerii unei Atestat A.N.R.E. de tip C2A sau echivalent, pentru executare de linii electrice, aeriene sau subterane, cu tensiuni nominale de 0,4 kV-20 kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 kV, stații de medie tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune; include competențele atestatelor de tip Be, Bi, A2 și A1, sau echivalent în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. k) din Ordinul 45/2016 privind aprobarea Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice, în situația participării la procedură cu ofertă comună cerința este îndeplinită dacă unul dintre asociați deține atestatul solicitat și numai cu condiția că acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitat. Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul.»;

- cerința din cadrul Fișei de date, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, se specifică: «Ofertantul va face dovada deținerii unei autorizații de tip EDSB sau echivalent, pentru sisteme de distribuție a gazelor naturale, sisteme de distribuție închise, precum și instalații aferente activității de producere/stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de medie, redusă și joasă presiune sau echivalent în conformitate cu prevederile art. 1, alin. (2) și alin. (5), tabel 1 din Ordinul nr. 98/2015 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale și a condițiilor- cadru de valabilitate aferente autorizațiilor, în situația participării la procedură cu ofertă comună cerința este îndeplinită dacă unul dintre asociați deține atestatul solicitat și numai cu condiția că acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitat. Cerința se consideră îndeplinită și în cazul în care ofertantul subcontractează lucrarea pentru care se solicită atestatul, dar numai cu condiția ca subcontractantul să execute integral partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul.»

- cerința din cadrul Fișei de date, cap. VI.3 Informații suplimentare, Nota 7: În cadrul DUAE-ului ofertanții la Partea IV. Criteriile de selecție, vor specifica toate cerințele solicitate prin FDA;

- prevederile art. 75 din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: «Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile art. 193-197, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă.»;

- prevederile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare: «Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică, și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.»;

- prevederile art. 132 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare: «În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ»;

- prevederile din Regulament nr. 7 din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, în care se regăsesc instrucțiunile de completare a DUAЕ-ului;

- ofertantul, vizavi de modul de completare și a dovedirii îndeplinirii cerinței de calificare, avea posibilitatea, înainte de data deschiderii ofertelor, să solicite clarificări, potrivit art. 160 alin. (1) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: «Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.»;

- notificarea privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale din 01.09.2016, prin care se specifică: «b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ ... Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției»;

Comisia de evaluare a decis în unanimitate că dvs. nu îndepliniți cerința minimă de calificare din fișa de date a achiziției III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, cu privire la deținerea unei Atestat A.N.R.E. de tip C2A și a unei autorizații de tip EDSB sau echivalent.

Având în vedere că dvs. nu îndepliniți cerințele minime de calificare din Fișa de date a achiziției III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională, cu privire la Autorizații de tip EDSB și Atestat A.N.R.E. de tip C2A, comisia de evaluare a decis în unanimitate potrivit art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, că oferta depusă de dvs. este declarată ca inacceptabilă.

În conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile, astfel, comisia de evaluare a decis, în unanimitate, să respingă oferta depusă de dvs. [...]”.

Împotriva acestei decizii de respingere a ofertei depuse de asociere, precum și a motivelor avute în vedere de către comisia de evaluare în luarea deciziei, motive care au fost expuse anterior, ..., în asociere, a formulat prezenta contestație, în esență, criticile extrem de amplu dezvoltare de contestatoare, vizând caracterul abuziv și neîntemeiat al deciziei luată de autoritatea contractantă, în dreptul ofertei sale, în referire la modul de completare a formularului DUAЕ de către toți membrii asocierii, inclusiv de către subcontractantul ..., care urma să presteze integral

serviciile pentru care s-a impus prin documentația de atribuire probarea deținerii anumitor autorizații/atestare.

În soluționare, Consiliul reține, în mod succint, argumentele relevante ale părților litigante, ținând seama de corespondența amplă derulată de acestea pe parcursul procedurii contencioase, corespondență redată integral în considerentele deciziei.

Așadar, argumentele concrete ale contestatorului constau în faptul că formularul DUAЕ pe care l-a încărcat autoritatea contractantă în SEAP și la care asocierea a avut acces a conținutul **inclusiv** *Partea V "Reducerea numărului de candidați calificați"*, unde au fost menționate de către Asocierie toate informațiile referitoare la autorizațiile/atestare solicitate ca cerințe minime obligatorii, asocierea ofertantă recunoscând că, din eroare, aceste informații au fost menționate la acest capitol din conținutul DUAЕ iar nu la cap. IV. „Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație”, cum ar fi trebuit.

Legat de acest aspect, asocierea contestatoare invocă prevederile legale incidente, prevăzute de Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, referitoare la relevanța DUAЕ, care reprezintă o declarație pe proprie răspundere a ofertantului, urmând ca informațiile conținute în aceasta să fie probate ulterior, precum și Instrucțiunea ANAP, ..., în asociere, considerând că această eroare putea fi încadrată ca fiind o inadvertență de formă, prin depunerea unui DUAЕ revizuit, dacă autoritatea contractantă i-ar fi solicitat clarificări.

Pe de altă parte, Consiliul punctează susținerile autorității contractante și pe cele ale intervenientului ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., conform cărora, împreună cu anunțul de participare, ca parte a documentației de atribuire, a fost pus la dispoziția operatorilor economici modelul de DUAЕ, generat de autoritatea contractantă, pe care ofertantul era obligat să îl completeze, în cuprinsul DUAЕ-ului, fiind indicate, totodată, motivele de excludere și criteriile de calificare pentru care se solicită informații operatorilor economici, în corelație cu cele precizate în fișa de date a achiziției.

Astfel, operatorii economici participanți la respectiva procedură de atribuire urmau a completa informațiile/răspunsurile aferente încadrării/neîncadrării în motivele de excludere, respectiv îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție solicitate de către autoritatea contractantă, care aveau corespondent la nivelul fișei de date a achiziției în cauză și nu aveau dreptul să intervină asupra formatului DUAЕ, respectiv asupra cerințelor bifate de autoritatea contractantă, conform notificării nr. 240 <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/06/Ghid-utilizare-DUAЕ-operatori-economici-006.pdf>.

Conform DUAЕ-ului generat și publicat în cadrul documentației de atribuire, susține autoritatea contractantă, nu s-a solicitat și nici nu s-a generat secțiunea – cap. V cu privire la *Reducerea numărului de candidați calificați*, astfel conform DUAЕ-ului publicat, nu s-a solicitat completarea cap. V.

Concluzionând, atât autoritatea contractantă și intervenientul apreciază că, prin faptul că ..., în asociere, a completat DUAЕ în alt format

decât cel publicat de autoritate iar informațiile ce trebuiau conținute la cap. IV. „*Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație*” s-au regăsit la cap. V – „*Reducerea numărului de candidați calificați*”, această situație reprezenta o inadvertență de fond, situație ce nu conducea la solicitarea de clarificări sau la depunerea unui DUAЕ revizuit.

Prezentarea succintă și concretă a celor susținute de părți conduce la concluzia clară că divergența constă în modalitatea de încadrare a inadvertențelor constatate în ceea ce privește completarea formularului DUAЕ de către ..., în asociere, inclusiv de către subcontractantul ..., și anume ori ca inadvertențe de formă (cum susține contestatorul) ori ca inadvertențe de fond, cum susțin celelalte părți, autoritatea contractantă și intervenientul.

De asemenea, este important de punctat faptul că atât autoritatea contractantă cât și intervenientul subliniază că formularul postat în SEAP nu a conținut cap. V, astfel încât depunerea de către ..., în asociere, a unui DUAЕ cu un alt conținut conduce la concluzia că asocierea a modificat formatul DUAЕ, fapt nepermis, conform Notificării ANAP, mai sus amintită.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul consideră oportună invocarea prevederilor legale incidente în cauză, relevante în acest sens fiind Notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ (2016):

În etapa de analiză a conținutului DUAЕ, pot interveni următoarele situații:

a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări;

b) inadvertențe de fond, respectiv erori/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ atașat ofertei/candidaturii.

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ.

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAЕ de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/ asociat.

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, „*comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora [...]*”; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, „*comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte [...]*”.

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAЕ prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAЕ revizuit.

În lipsa transmiterii unui DUAЕ revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă.

Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: *"autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat"*.

Se observă că, în cazul de față, în autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare asocierii contestatoare în ceea ce privește situația constatată, legată de regăsirea informațiilor referitoare la autorizații/atestare la cap. V, apreciind, pe de-o parte, că aceasta nu a respectat structura formularului său, ce nu conținea capitolul V, unde asocierea contestatoare a inclus, în mod eronat, informații ce trebuiau să se regăsească la cap. IV, iar pe de altă parte că situația se încadrează la categoria *inadvertențelor de fond*, ce nu puteau fi acoperite prin solicitarea de clarificări și prin depunerea ulterioară de către ..., în asociere, a unui DUAЕ revizuit.

Raportat la cele punctate anterior, Consiliul determină că decizia autorității contractante a fost una nelegală și excesivă, în condițiile în care, verificând informațiile puse la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire în cauză, constată că în fișa de date a achiziției, la punctul III.1.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului” s-a prevăzut că *„Potrivit prevederilor art. 193 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă va accepta la momentul depunerii ofertelor DUAЕ în vederea demonstrării cerințelor de calificare, inclusiv a capacității de exercitare, ca dovadă preliminară. DUAЕ poate fi descărcat în vederea completării și depunerii de la adresa <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter> (instrucțiuni privind completarea DUAЕ sunt disponibile la adresa www.e-licitatie.ro)."*

Așadar, din informațiile furnizate, reiese că operatorii economici interesați de procedură puteau descărca DUAЕ de pe adresa menționată anterior, introducând în câmpul solicitat denumirea autorității contractante.

Verificând documentele aflate la dosarul achiziției publice, transmis de autoritatea contractantă prin adresa nr. 56209/21.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 48537/27.11.2019, Consiliul constată că la paginile 122A-122AD (vol. 1-D.A.P.), se regăsește formularul DUAЕ, în conținutul căruia **nu este inserat capitolul V**, mai jos urmând a fi redat un extras din acest document.

Vinovat de interpretare eronată, nedivulgare de informații, incapacitate de a furniza documentele necesare și obținere de informații confidențiale referitoare la această procedură

Operatorul economic s-a aflat într-una dintre situațiile următoare:

- a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție,
- b) a ascuns astfel de informații,
- c) nu a fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă, și
- d) a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziții publice sau că a furnizat din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea?

Răspunsul dumneavoastră?

- ☐ Da
- ☐ Nu

Partea IV: Criteriile de selecție

A: Capacitatea de a corespunde cerințelor

Articolul 58 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție

Înscrierea în registrul comerțului

Este înscris în registrele comerciale în statul membru de stabilire, astfel cum este descris în anexa XI la Directiva 2014/24/UE; operatorii economici din anumite state membre pot avea obligația de a respecta alte cerințe stabilite în anexa respectivă.

Răspunsul dumneavoastră?

- ☐ Da
- ☐ Nu

Aceste informații sunt disponibile gratuit pentru autorități, dintr-o bază de date națională a unui stat membru UE?

- ☐ Da
- ☐ Nu

-24-

Partea VI: Declarațiile finale

Operatorul economic declară că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false.

Operatorul economic declară în mod oficial că poate să furnizeze, la cerere și fără întârziere, certificatele și alte forme de documente justificative menționate, cu excepția cazului în care:

- a) Autoritatea contractantă sau entitatea contractantă are posibilitatea de a obține documentele justificative în cauză direct prin accesarea unei baze de date naționale în orice stat membru, disponibilă în mod gratuit, cu condiția ca

-29-

Pe de altă parte, ținând seama de susținerile ..., în asociere, exprimate în adresa fără număr de înregistrare la emitent din 04.12.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 49637/04.12.2019, în care a formulat concluzii scrise, în replică la cererea de intervenție promovată de ..., conform cărora a completat DUAЕ postat și generat de către autoritatea contractantă și nu avea posibilitatea de a modifica, completa, genera sau întreprinde orice demersuri de schimbare a DUAЕ generat și postat de către aceasta, exceptând cea de bifare a căsuțelor corespunzătoare în vederea răspunderii la întrebările din formularul standardizat, susținând, totodată, în contestație, că DUAЕ publicat de autoritatea contractantă conține inclusiv **Secțiunea V**, Consiliul a efectuat o astfel de verificare a conținutului formularului DUAЕ postat, prin accesarea adresei <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter> și a constatat că, atât prin introducerea calității de *operator economic*, cât și cea de *autoritatea contractantă*, iar ulterior a denumirii *autorității contractante* ..., formularul DUAЕ care poate fi vizualizat are în conținutul său **inclusiv** „*partea V: Reducerea numărului de candidați calificați.*”

Mai mult, se are în vedere că însăși autoritatea contractantă i-a informat pe ofertanți în cadrul fișei de date a achiziției că aceștia pot descărca DUAЕ în vederea completării și depunerii de la adresa

<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter> (instrucțiuni privind completarea DUAЕ sunt disponibile la adresa www.e-licitatie.ro), relevante sub acest aspect fiind și susținerile asocierii contestatoare conform cărora „la momentul depunerii ofertei, asocierea a descărcat versiunea DUAЕ postată de autoritatea contractantă. Secțiunea V se regăsește în cuprinsul acestei versiuni DUAЕ. Mai mult, această versiune a DUAЕ prezintă datele de identificare a procedurii de atribuire, respectiv: denumirea achizitorului, denumirea procedurii de atribuire, o scurtă descriere a acesteia și numărul de referință atribuit dosarului de către autoritatea contractantă. Asocierea a respectat formatul DUAЕ și a indicat deținerea avizelor. Nu se poate considera că subcontractantul sau asocierea nu a respectat formatul DUAЕ, având în vedere că (i) a utilizat formatul standard stabilit de Comisia Europeană; (ii) a completat versiunea DUAЕ descărcată din aplicația Comisiei Europene aferentă procedurii de atribuire; (iii) DUAЕ conține toate datele de identificare a procedurii de atribuire (deci nu poate fi pretinsă vreo eroare de structură); (iv) au fost menționate avizele deținute de subcontractant tocmai pentru a demonstra îndeplinirea cerinței impuse prin fișa de date a achiziției.”

Așadar, din cele expuse anterior, constatându-se că în conținutul formularului DUAЕ accesat la adresa indicată mai sus se regăsea inclusiv „partea V: Reducerea numărului de candidați calificați”, Consiliul nu poate lua în considerare aprecierile conform cărora asocierea contestatoare ar fi intervenit în formatul DUAЕ, cum eronat susține atât ... cât și intervenientul ..., fapt ce ar fi determinat autoritatea contractantă să respingă oferta acesteia pe motiv că nu s-ar fi respectat Notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ (2016), aceste susțineri fiind neîntemeiate.

O astfel de abordare a autorității contractante este contrară propriei sale cerințe introdusă prin documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, cerință în care se făcea trimitere chiar de către ... la adresa <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter>, ofertanții fiind îndrumați către acest link de unde puteau descărca DUAЕ în vederea completării și depunerii.

Mai mult, Consiliul are în vedere faptul că activitatea de obținere a DUAЕ pentru procedura de atribuire constă în descărcarea din aplicația Comisiei Europene a formularului DUAЕ, bifarea căsuțelor corespunzătoare, urmând ca iar versiunea ce cuprinde datele operatorului economic se încarcă în procedura de atribuire. În aceste condiții, ofertanții nu au posibilitatea reală de a modifica structura DUAЕ și de a adăuga anumite secțiuni, susținerile autorității contractante și ale intervenientului fiind nefondate.

Consiliul nu reține nici argumentul adus de autoritatea contractantă conform căruia completarea Secțiunii V din DUAЕ se realizează, conform Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016, doar în cazul altor proceduri de atribuire decât cea de licitație deschisă, în condițiile în care, așa cum s-a arătat anterior, însuși conținutul DUAЕ accesat de pe adresa indicată de autoritatea contractantă conține această secțiune.

În condițiile în care însăși autoritatea contractantă a publicat un DUAЕ ce a conținut o secțiune care nu este relevantă, raportat la tipul procedurii de atribuire, mai concret ofertanții nu erau obligați să completeze această secțiune, acest fapt nu putea conduce la descalificarea unui ofertant care, în

mod eronat, a completat DUAЕ la secțiunea în discuție, cu informații ce trebuiau bifate/completate la altă secțiune, un astfel de demers fiind unul excesiv și contrar scopului pe care îl are depunerea DUAЕ, și anume declararea pe proprie răspundere a îndeplinirii anumitor condiții, urmând ca acestea să fie probate.

Verificând documentele achiziției, Consiliul constată că atât membrii asocierii contestatoare, cât și subcontractantul declarat au completat DUAЕ inclusiv la secțiunea V, informațiile pe care le-au inserat la această secțiune vizând, de fapt, aspecte ce trebuiau precizate/indicate la secțiunea/capitolul IV.

Astfel, ofertantul lider ... a transmis în SEAP, în formă scanată, cu semnătură electronică, DUAЕ-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. În cadrul acestuia, la cap. IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, acesta a bifat că: NU.

De asemenea, pentru asociatul ... s-a transmis în SEAP, în format scanat, cu semnătură electronică, DUAЕ-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. În cadrul acestuia, asociatul ..., la cap. IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, a bifat că: NU.

Pentru subcontractantul ..., s-a transmis în SEAP cu semnătură electronică, DUAЕ-ul în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. În cadrul acestuia, subcontractantul ..., la cap. IV. Criterii de selecție - A: Capacitatea de a corespunde cerințelor - Pentru contractele de achiziție de servicii: este necesară o anumită autorizație, a bifat că: NU.

Totodată, în cadrul DUAЕ-ului transmis pentru subcontractantul ..., subcontractantul la cap. II. *Informații referitoare la operatorul economic: A: Informații privind operatorul economic: - Dacă este cazul, operatorul economic este înscris pe o listă oficială a operatorilor economici agreeți sau deține o certificare echivalentă [de exemplu, în cadrul unui sistem național de (pre)calificare]?* a bifat că: NU, ținând cont că în cadrul DUAЕ-ului publicat și completat de subcontractant se mai specifică următoarele: „În plus, vă rugăm să completați informațiile-lipsă în partea IV secțiunea A, B, C sau D, după caz, NUMAI dacă se solicită acest lucru în anunțul sau în documentele achiziției relevante.”

Într-adevăr, parcurgând DUAЕ al subcontractantului, se poate constata că acesta are inserate informațiile referitoare la autorizații/atestare, la secțiunea/parte V, după cum urmează: *"Cazier judiciar, Certificat dovada plata taxe impozite locale și buget de stat, cazier fiscal, Atestat ANRE de tip E2, Autorizație tip EDSB"*.

Or, așa cum s-a arătat anterior, completarea acestei secțiuni, chiar și din eroare, nu putea fi încadrată de ... în categoria inadvertențelor de fond, ci constituia o **inadvertență de formă**, ce ar fi condus la înaintarea unei solicitări de clarificări din partea autorității contractante, pentru depunerea unui DUAЕ revizuit, iar nu la respingerea ofertei, cum eronat autoritatea contractantă a procedat.

Sub acest aspect, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile autorității contractante, exprimate în punctul de vedere nr. 56209/21.11.2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 47782/22.11.2019, conform cărora ..., în asociere, ar fi intervenit asupra formatului DUAЕ, respectiv asupra cerințelor bifate de autoritatea contractantă, conform notificării nr. 240 <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/06/Ghid-utilizare-DUAЕ-operatori-economici-006.pdf> și nici susținerile acesteia conform cărora în conținutul DUAЕ generat și publicat de aceasta în cadrul documentației de atribuire, nu s-a solicitat și nici nu s-a generat secțiunea – cap. V cu privire la Reducerea numărului de candidați calificați, astfel conform DUAЕ-ului publicat, nu s-a solicitat completarea cap. V, Consiliul constatând contrariul.

Chiar și în situația în care formularul DUAЕ din documentația de atribuire nu ar fi conținut secțiunea V, iar ofertanta l-ar fi accesat și descărcat de la adresa indicată în documentație, iar formularul descărcat de la aceea adresă conținea secțiunea V, unde, din eroare, s-ar fi inserat anumite informații ce trebuiau furnizate la altă secțiune, un astfel de demers tot nu ar fi putut conduce la considerarea inadvertențelor respective ca fiind de fond, iar nu de formă.

Astfel, argumentul autorității conform căruia secțiunea respectivă trebuia inserată în DUAЕ „*numai pentru procedurile restrânse, procedurile competitive cu negociere, procedurile de dialog competitiv si parteneriatele pentru inovare*”, nu are nicio relevanță, ținând seama de considerentele anterioare.

Totodată, conform legii achizițiilor publice, comisia de evaluare are obligația să evalueze ofertele conform documentației, clarificărilor și cerințelor publicate în cadrul anunțului de participare, iar ofertantul, vizavi de modul de completare și a dovedirii îndeplinirii cerinței de calificare avea posibilitatea, înainte de data deschiderii ofertelor, să solicite clarificări, potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Nici argumentul achizitoarei legat de faptul ofertantul, în SEAP la documentele de calificare, conform cerințelor din fișa de date a achiziției, trebuia să atașeze și acordul de subcontractare, din care să rezulte că subcontractantul va presta *integral* partea din contract pentru care s-a solicitat atestatul sau putea furniza din oficiu, alături de DUAЕ, atestatele solicitate, pentru a nu exista îndoieli față de îndeplinirea condiției de calificare, nu poate fi primit de către Consiliu în condițiile în care, verificând documentele achiziției publice, se constată că atât acordul de subcontractare cât și atestatele atestatele/autorizațiile se regăsesc în cadrul ofertei asocierii, natura juridică a DUAЕ fiind aceea a unei declarații pe propria răspundere a unui ofertant, iar autoritatea contractantă avea obligația de a accepta declarația asocierii ofertante, ca dovadă preliminară, privind deținerea documentelor solicitate, urmând ca ulterior să se edifice și să verifice existența și concludența acestor înscrisuri.

Or, raportat la cele punctate anterior, Consiliul constată că, în speță, autoritatea contractantă nu a depus diligențele pentru a verifica în mod corespunzător îndeplinirea sau neîndeplinirea cerinței impuse prin fișa de date, prin luarea în considerare a declarațiilor subcontractantului din cadrul

DUAЕ ci, în mod eronat și excesiv, a procedat la respingerea ofertei asocierii contestatoare pe motiv că, în cadrul Secțiunii IV a DUAЕ, nu a fost menționată deținerea atestatelor/autorizațiilor solicitate.

În acest sens, este subliniat foarte pertinent de contestatoare faptul că, în cererea de intervenție formulată de ... se susține că, în etapa de evaluare a DUAЕ, autoritatea contractantă trebuie să țină seama de declarațiilor operatorilor economici.

Prin urmare, raportat la faptul că subcontractantul a menționat deținerea atestatelor în cadrul DUAЕ, autoritatea contractantă avea obligația de a accepta declarația acestuia, ca dovadă preliminară, privind deținerea documentelor solicitate.

Concluzionând, se are în vedere faptul că neconcordanțele între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ al subcontractantului ... TEL, referitoare la îndeplinire/neîndeplinirea cerințelor de calificare (deținere atestate/autorizații ANRE prevăzute în fișa de date) reprezentau inadvertențe de formă, iar nu de fond, în condițiile în care informațiile ce trebuiau inserate la cap. IV se regăseau la punctul V în DUAЕ depus, iar autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita ofertantului clarificarea acestor neconcordanțe înainte de a emite decizia de respingere a ofertei.

În aceste condiții, Consiliul respinge, ca neîntemeiate, susținerile intervenientului ... conform cărora asocierea contestatoare a completat un formular DUAЕ care nu corespunde cu cel generat (formular DUAЕ care nu conținea Partea V - Reducerea numărului de candidați calificați, fiind o parte care nu este specifică acestei proceduri de atribuire), precum și cele conform cărora inadvertențele constatate în DUAЕ depus de către ..., în asociere, ar fi de fond.

Or, așa cum s-a arătat anterior, completarea acestei secțiuni, chiar și din eroare, nu putea fi încadrată ca inadvertență de fond, ci ca inadvertență de formă, ce trebuia să conducă la o solicitare de clarificări din partea autorității contractante, având în vedere că documentele DUAЕ au fost depuse în cadrul ofertei, inclusiv documentele doveditoare, simpla bifare a unei alte secțiuni cu indicarea avizelor deținute de subcontractant, neputând conduce la respingerea ofertei ca inacceptabilă, cum în mod eronat a procedat autoritatea contractantă.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă nu a făcut dovada că ceilalți participanți la procedura de atribuire ar fi depus DUAЕ care nu include Secțiunea V, Consiliul respinge această critică, fiind nefondată, în condițiile în care autoritatea contractantă nu avea o astfel de obligație legală, de a informa asocierea contestatoare cu privire la modalitatea în care au depus DUAЕ ceilalți participanți la procedură.

Aceleași concluzii de respingere sunt avute în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește criticile *inadmisibile* pe calea intervenției formulate de către ..., în referire la faptul că asocierea contestatoare nu îndeplinește cerința de calificare nici din perspectiva faptului că subcontractantul ..., pe ale cărui autorizație și atestat ANRE se bazează oferta asocierii contestatoare, este în faliment.

Într-o atare situație, Consiliul determină că sunt suficiente argumente care să conducă la concluzia că decizia de respingere a ofertei depusă de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., a fost excesivă și nelegală, motivul invocat de ... nefiind legal și întemeiat, motiv pentru care se admit criticile formulate de contestatoare, consecința fiind anularea evaluării efectuate de către comisia de evaluare în referire la oferta depusă de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... și reluarea procedurii de atribuire, cu obligarea ... la solicitarea de clarificări asocierii ofertante și depunerea unui DUAЕ revizuit de către aceasta.

În concluzie, pentru toate considerentele anterioare, Consiliul determină că susținerile asocierii contestatoarei în referire la motivele de respingere a ofertei sale sunt întemeiate, autoritatea contractantă încălcând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, referitoare la propriul conținut obligatoriu al documentației de atribuire, coroborate cu cele din H.G. nr. 395/2016, realizând evaluarea ofertelor în mod nelegal și cu nerespectarea propriilor cerințe impuse prin documentația de atribuire, impunându-se astfel reevaluarea ofertei asocierii, cu luarea în considerare a celor constatate de către Consiliu, motiv pentru care în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ...

Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 2 (nr. 43592)/05.09.2019, în referire la oferta depusă de către Asocierea ... - ...

Anulează, în parte, raportul procedurii nr. 53958/07.11.2019, în referire la oferta depusă de către Asocierea ... - ..., precum și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de evaluare a ofertelor, prin reevaluarea ofertei depusă de către Asocierea ... - ..., precum și prin solicitarea de clarificări asocierii ofertante și depunerea unui DUAЕ revizuit de către aceasta, pentru considerentele din motivare.

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pronunțată pe fondul cauzei, Consiliul respinge cererea de intervenție formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 2 (nr. 43592)/05.09.2019, în referire la oferta depusă de către Asocierea ... - ...

Anulează, în parte, raportul procedurii nr. 53958/07.11.2019, în referire la oferta depusă de către Asocieria ... – ..., precum și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de evaluare a ofertelor, prin reevaluarea ofertei depusă de către Asocieria ... – ..., precum și prin solicitarea de clarificări asocierii ofertante și depunerea unui DUAE revizuit de către aceasta, pentru considerentele din motivare.

Respinge cererea de intervenție formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 42 (patruzecișidouă) pagini.