CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de ..... - administrator, privind procedura de simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „.....”, cod CPV 45215100-8, organizată de ....., cu sediul în ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că nu au fost întrunite cazurile de excludere pe care autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia, respectiv cele reglementate de art. 182 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea consideră ca autoritatea contractantă, în mod nelegal, face o aplicare greșită a legislației în vigoare în materia

achizițiilor publice, fără să ia în considerare și experiența similară a subcontractantului ce urma să execute partea de proiectare, secțiune clară în documentația de atribuire a contractului de achiziție publică. Documentația de proiectare trebuie să fie însușită și prezentată de către un arhitect, care nu trebuie să fie neapărat angajat al ofertantului, ci al subcontractantului (SC ...SRL), și care va face serviciile de proiectare și asistență tehnică, pe toată perioada de desfășurare a lucrărilor, respectiv până la recepția la terminare lucrărilor.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire, față de cele prevăzute la art. 172 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Conform alin. (4) al aceluiași articol, se va lua în considerare și experiența similară a subcontractantului, caz în care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere.

În acest sens s-a pronunțat și Agenția Națională pentru Achiziții Publice în *BIBLIOTECA DE SPEȚE* (http://anap.gov.ro/web/biblioteca-de-spete) - Experiența similară.

Întrebare: În cazul în care la o procedură de achiziție a fost formulată cerința minimă privind experiența similară, atât ca valoare, cât și ca număr maxim de contracte, un operator economic poate îndeplini această cerință prin cumul chiar și cu un subcontractant declarat?

Răspuns: Atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, prin invocarea susținerii acordate de unul sau mai mulți terți, în condițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, capacitatea acestuia/acestora poate fi cumulată, după caz, cu cea a ofertantului/candidatului pentru îndeplinirea respectivei cerințe. Prin urmare, cerința privind experiența similară, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, poate fi îndeplinită fie de către ofertant, fie de către ofertant prin cumul cu terțul/terții susținător/susținători, fie de către terț/terți susținător/susținători. Totodată, conform prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens. Astfel, având în vedere speța în cauză precizăm că se poate lua în considerare și experiența similară a subcontractantului, caz în

care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere.

Contestatoarea precizează că documentele relevante pentru aceasta situație sunt următoarele:

- DUAE separate (ofertant/subcontractant);
- Acord de subcontractare din care reiese clar că serviciile de proiectare vor fi executate de către subcontractant

Contestatoarea menționează că, în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare, va încheia un contract de prestări servicii de proiectare și asistență tehnică cu proiectantul, pe toata perioada de desfășurare a contractului de achiziție publică, contract care va cuprinde un centralizator al activităților desfășurate, pe fiecare etapă în parte, în care va exemplifica și prețul pe fiecare etapă, fapt care nu se poate realiza în perioada de evaluare a ofertei. Contractul va sta la baza contractului de achiziție publică, încheiat cu autoritatea contractantă.

În considerarea argumentelor învederate, contestatoarea solicită Consiliului să constate că sunt incidente, în cauză, dispozițiile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și, în mod corect, subcontractantul a dovedit partea pe care urmează să o execute din contract, fiind îndeplinită întocmai experiența similară.

În punctul său de vedere nr. 764/13.03..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 10500/14.03....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că oferta depusă de SC ..... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 182 din Legea nr. 98/2016, datorită faptului că ofertantul a prezentat, pentru îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire referitoare la experiența similară pentru componenta proiectare, contracte realizate de către subcontractantul SC ...SRL. Comisia de evaluare a solicitat clarificări asupra acestui aspect, iar ofertantul a răspuns:

„În DUAE ofertant, în partea II- a, secțiunea D, este specificat că operatorul economic SC ..... SRL, intenționează să subcontracteze către SC ...SRL o parte din contract (servicii de proiectare), în procent de 6,61%, menționat în partea a IV-a, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională, aliniatul Proporția de subcontractare, fapt ce a condus la depunerea în SEAP a unui DUAE separat pentru subcontractantul ce execută „serviciile de proiectare", SC ...SRL, pentru care în partea a II-a sunt datele de identificare și operare ale acestuia precum și cele ale reprezentantului legal.

La aliniatul: Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreună cu alții - răspunsul este DA, fiind declarat subcontractant al SC ..... SRL.

În partea a IV-a, DUAE subcontractant, la secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesionala sunt specificate contractele de prestări servicii de proiectare, executate în ultimii 3 ani."

Ținând cont de documentele depuse și de răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a considerat oferta depusă de SC … SERV SRL ca fiind inacceptabilă, precizând în comunicarea rezultatului că cerința cu privire la experiența similară, Fișa de date, Cap. III.2.3.a), Cerința nr. 1 nu este îndeplinită deoarece subcontractantul nu este declarat și terț susținător sau asociat, contractele prezentate de către acesta pentru experiența similară, cu privire la serviciile de proiectare, neputând fi luate în considerare.

Autoritatea contractantă arată că, în cadrul documentației de atribuire aferente investiției în cauză, inclusiv în Fișa de date a achiziției, a ținut cont de toate normele și prevederile legale în ceea ce privește achizițiile publice, inclusiv de art. 172 din Legea nr. 98/2016, citat de către contestatoare în notificarea prealabilă. În ceea ce privește capacitatea tehnică și/sau profesională, din descrierea modalității de îndeplinire a cerințelor, acestea pot fi îndeplinite doar de ofertant și de terț susținător.

Autoritatea consideră că nu a impus operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1) din art. 172. Mai mult, a avut în vedere respectarea principiului transparenței, ținând cont de prevederile art. 3 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art.5 și alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017, pentru experiența similară în ceea ce privește serviciile, solicitând la modul general „Prin servicii similare se înțelege prestări servicii de proiectare pentru construcții civile", iar pentru experiența în ceea ce privește execuția de lucrări „Prin lucrări similare se înțelege execuție de lucrări de construcții civile", întocmai pentru a nu limita participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

Autoritatea contractantă afirmă că nu a stabilit nicio cerință de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă, în afară de DUAE, în Fișa de date a achiziției, III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, menționându-se clar cerințele care trebuie să fie prezentate de ofertant în ceea ce privește subcontractarea. Cerința din fișa de date nu presupune că ofertantul are posibilitatea de a considera experiența similară a subcontractantului în vederea îndeplinirii condițiilor minime pentru demonstrarea experienței similare, acesta din urma putând fi desemnat ca și subcontractant de către ofertant, pentru anumite tipuri de servicii/lucrări din cadrul contractului, în cazul în care acesta consideră că nu are capacitatea tehnică și profesională de a presta/executa respectivul tip de servicii/lucrări.

Așa cum se poate observa și din Fisa de date a achiziției, toate cerințele solicitate, privind capacitatea, au legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și sunt proporționale prin raportare la obiectul acestuia, având în vedere obiectul contractului achiziției în cauză, proiectare și execuție construcții civile, dar și pragurile minime valorice solicitate pentru experiența similară, în raport cu valorile estimate.

În răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 447/19.02....., s-a susținut de către ofertant că experiența similară pentru serviciile de proiectare se consideră a fi îndeplinită de subcontractantul SC ...SRL, lucru ce contravine prevederilor legale din domeniul achizițiilor publice. Prin Fișa de date, s-au stabilit, în mod clar, modalitățile prin care poate fi demonstrată experiența similară. Pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională s-a solicitat, în Fișa de date a achiziției, o listă a lucrărilor în ultimii 5 ani și lista principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor (etc), având ca modalitate de îndeplinire „Completare DUAE de către ofertant și separat de terț susținător... (etc.)”; cerința va fi îndeplinită doar dacă subcontractantul este și terț susținător, întrucât resursele subcontractatului sunt luate în considerare doar pentru partea din contractul de achiziție publică pe care o execută. Prin resurse se înțeleg resursele materiale, reprezentate de utilaje, echipamente, dotări tehnice etc., și resursele umane reprezentate de personal specializat.

Conform art.185 alin. (1) din Legea 98/2016, în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

Art. 3 alin. (1) pct. yy din Legea nr. 98/2016 definește subcontractantul: *subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.*

Astfel, în cadrul unei proceduri de achiziție publică experiența similară nu poate fi probată de către subcontractant.

Cu privire la referirea contestatoarei la articolul din biblioteca de spețe de pe site-ul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere, respectiv în cadrul unei proceduri de achiziție publică experiența similară nu

poate fi probată de către subcontractant, părțile în contractul de achiziție publică sunt autoritatea contractantă și ofertantul sau asocierea declarată câștigătoare; subcontractanții au calitatea de terți în raport de contractul astfel încheiat; aceștia sunt pe deplin răspunzători de modul în care își îndeplinesc obligațiile asumate numai față de contractant, iar nu și față de autoritatea contractantă; întrucât contractul de achiziție publică nu este încheiat de autoritatea contractantă cu subcontractanții și, prin urmare, nu îi poate trage la răspundere pentru eventuala neexecutare a acestuia, este lipsita de relevanță îndeplinirea cerințelor de calificare de către subcontractanți.

În consecință, autoritatea contractanta își menține decizia de a respinge oferta depusă de SC ..... SRL, ca inacceptabilă deoarece:

- ofertantul nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă - nu a completat informații conforme referitoare la experiența similară pentru componenta proiectare;
- ofertantul nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire - nu îndeplinește criteriul privind dovedirea experienței similare pentru componenta proiectare.

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, cod CPV 45215100-8, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată online. Conform anunțului de participare simplificat nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 08.02....., ora 15.00. Valoarea estimată a contractului este 560.076 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

La prezenta procedură au fost depuse 2 oferte, printre care și cea a operatorului SC ..... SRL.

În procesul-verbal nr. 1/460/19.02....., comisia de evaluare a consemnat analiza DUAE-urilor ofertanților și solicitările de clarificări ce trebuie transmise acestora.

Prin adresa nr. 447/19.02....., i s-a cerut ofertantului SC ..... SRL să explice cum îndeplinește cerința privind serviciile similare de proiectare, având în vedere că, în DUAE-ul depus de ofertant, nu a fost completată rubrica “Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat”. Ofertantul a răspuns prin adresa nr. 64/20.02.....

Ca urmare a răspunsului primit, autoritatea contractantă a fost consemnat, doar în adresa nr. 557/02.03....., rezultatul

procedurii de atribuire, pe care i-a transmis-o ofertantului SC ..... SRL, cu următoarele mențiuni:

În urma analizării formularelor DUAE prezentate de dvs., și a răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 447/19.02....., comisia de evaluare a constatat că cerința cu privire la experiența similară, Fișa de date, Cap. III.2.3.a), Cerința nr. 1 nu este îndeplinită deoarece subcontractantul nu este declarat și tert susținător sau asociat, contractele prezentate de către acesta pentru experiența similară cu privire la serviciile de proiectare nu pot fi luate în considerare, drept urmare comisia de evaluare a decis respingerea ofertei ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, SC ..... SRL a formulat prezenta contestație, ulterior îndeplinirii procedurii de notificare prealabilă, solicitând reevaluarea ofertei sale.

În vederea soluționării contestației, Consiliul ia act de următoarele:

- prin fișa de date achiziției, la III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, a fost impusă cerința de calificare referitoare la servicii similare:

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate	Modalitatea de indeplinire
Lista principalelor servicii prestate in cursul unei perioade care acopera cel mult ultimii trei ani, din care sa rezulte ca au prestat servicii similare in conformitate cu art.179 lit.b) din Legea 98/2016 privind achizitiile publice. Cerinta specifica: Conditia minima pentru demonstrarea experientei similare se considera: in ultimii 3 ani prestarea de servicii similare în valoare cumulata de cel putin 30.000 lei fara TVA la nivelul unuia sau a maxim 3 contracte. Prin servicii similare se intelege prestari servicii de proiectare pentru constructii civile.	Completare DUAE de catre ofertant si separat de tert sustinator. Pentru fiecare contract mentionat se vor atasa documente suport (copii dupa parti relevante ale contractului sau recomandare sau alte certificate, sau documente prin care sa se confirme în mod obligatoriu, date referitoare la: beneficiarul contractului; tipul serviciilor/lucrarilor prestate/ executate similare cu obiectul contractului ce urmeaza a fi atribuit; perioada în care s-a realizat contractul; valoarea contractului sau a partii din contract pentru care s-a efectuat receptie; Documentele justificative urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor. […]
Informatii privind sustinerea capacitatii tehnice si profesionale a ofertantului/ grupului de operatori economici. Capacitatea tehnica si profesionala a ofertantului poate fi sustinuta, pentru indeplinirea unui contract, si de o alta persoana, indiferent de natura relatiilor juridice existente intre ofertant si persoana respectiva. In cazul in care ofertantul/candidatul isi demonstreaza capacitatea tehnica si profesionala invocand si sustinerea acordata de catre o alta persoana, atunci acesta are obligatia de a dovedi sustinerea de care beneficiaza, de regula, prin prezentarea unui angajament ferm al	Se va prezenta DUAE in conformitate cu prevederile art 193 alin 1 din Legea 98/2016. Se va prezenta Acordul de subcontractare (Formular 5). Documentele justificative urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor. Nedepunerea odata cu oferta, a acordului de subcontractare constituie temei pentru solicitarea de clarificari pentru eventualele inadvertente de forma ale informatiilor cuprinse in sectiunile DUAE, atat ale

persoanei respective, prin care aceasta confirma faptul ca va pune la dispozitia candidatului/ ofertantului resursele tehnice si profesionale invocate – Formularul 2. Persoana care asigura sustinerea tehnica si profesionala nu trebuie sa se afle in situatia care determina excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art.165, art. 167, art. 164 din Legea 98/2016. In cazul in care pentru indeplinirea contractului nu este necesara sustinerea, operatorul economic.	ofertantului/candidatului, cat si ale subcontractantului/tertului sustinator, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfasurarea corespunzatoare a procedurii de atribuire.
Informatii privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intentia sa o subcontracteze. Ofertantul are obligatia de a preciza partea/partile din contract pe care urmeaza sa le subcontracteze si datele de recunoastere ale subcontractantilor propusi. Se va prezenta Acordul de subcontractare – Formularul 5. Subcontractantii nu trebuie sa se afle în situatiile care determina excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 164, art. 165,art 167 din Legea 98/2016.	Se va prezenta DUAE in conformitate cu prevederile art 193 alin 1 din Legea 98/2016. Se va prezenta Acordul de subcontractare (Formular 5). Documentele justificative urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor. Nedepunerea odata cu oferta, a acordului de subcontractare constituie temei pentru solicitarea de clarificari pentru eventualele inadvertente de forma ale informatiilor cuprinse in sectiunile DUAE, atat ale ofertantului /candidatului, cat si ale subcontractantului/ tertului sustinator, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfasurarea corespunzatoare a procedurii de atribuire.

- ofertantul SC ..... SRL a menționat în propriul DUAE:

Partea II C. Informații privind utilizarea capacităților altor entități
Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos?

- ○ *DA*
- ● *NU*

D. Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează
Operatorul intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?

- ● *Da*
- ○ *Nu*

Dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși: SC ...SRL

- ofertantul SC ..... SRL a inclus în ofertă și DUAE pentru SC ...SRL, în care sunt menționate, în dovedirea serviciilor similare, mai multe contracte;
- Acordul de subcontractare, încheiat între SC ..... SRL și SC ...SRL, în care se menționează: […]

Art. 2. Obiectul acordului:
Părțile au convenit ca, în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare la procedura de achiziție publică, organizată de ....., JUDEȚUL ....., să desfășoare următoarele activități ce se vor

subcontracta "Servicii de proiectare si asistenta tehnica pe perioada de desfășurare a lucrărilor". […]
Art.7. Subcontractantul se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de investitor conform contractului. "ÎNFIINȚARE DISPENSAR MEDICAL IN ..... JUDEȚUL ....."

Consiliul constată că, deși SC ..... SRL a declarat în DUAE-ul propriu că operatorul SC ...SRL are calitatea de subcontractant, pe capacitățile căruia nu se bazează, din DUAE-ul celui din urmă rezultă că acesta susține ofertantul cu experiența similară pentru serviciile de proiectare, iar din acordul de subcontractare observă că va realiza serviciilor de proiectare, aferente contractului supus atribuirii.

Pentru faptul că subcontractantul nu este declarat și terț susținător sau asociat, autoritatea contractantă a respins oferta depusă de SC ..... SRL, motivând că, pentru experiența similară cu privire la serviciile de proiectare, nu pot fi luate în considerare contractele prezentate de subcontractant.

Relevante în actuala speță sunt următoarele prevederi legale:

- art. 179 din Legea nr. 98/2016:

Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: […]

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă;

k) precizarea părții/părților din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze; […]

- art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016:

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

- art. 182 din Legea nr. 98/2016:

(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește

îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

- art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016:

În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).

În lumina prevederilor legislative mai sus menționate, a prevederilor din fișa de date a achiziției și a documentelor aflate la dosarul cauzei, în ce privește experiența similară pentru serviciile de proiectare, pusă la dispoziție de subcontractantul SC ...SRL, Consiliul constată următoarele:

- SC ...SRL, prin prezentarea experienței sale în proiectare, devine, în înțelesul art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, entitatea pe ale cărei capacități tehnice se bazează ofertantul;
- prin prezentarea acordului de subcontractare, SC ...SRL are calitatea de terță parte implicată în propunerea tehnică, respectiv execuția viitorului contract;
- existența acordului de subcontractare dovedește că SC ..... SRL va avea acces în orice moment la resursele subcontractantului, conform angajamentului dat de cel din urmă, în acordul de subcontractare (prestarea serviciilor de proiectare), conform art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016;
- între ofertant și SC ...SRL (terța parte) există o relație juridică, materializată în acordul de subcontractare, așa cum impune art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;
- SC ...SRL s-a angajat prin acordul de subcontractare să desfășoare, efectiv, serviciile în legătură cu care este necesară respectiva calificare (cerința de calificare referitoare la experiența similară), conform art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- SC ...SRL, prin completarea DUAE cu informații privind contractele aferente serviciilor de proiectare, face dovada că e un subcontractant pe care se bazează ofertantul, din punct de vedere al experienței similare, respectând, astfel, prevederile art. 193 alin. (3) teza 2 din Legea nr. 98/2016.

Din cele de mai sus, Consiliul ia act că operatorul economic SC ...SRL este un subcontractant a cărui capacitate tehnică poate fi luată în considerare, pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară, în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Această interpretare își are temeiul în art. 63 *Utilizarea capacităților altor entități*, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE:

(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator

economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.

Astfel, ofertantul, în dovedirea experienței similare pentru servicii de proiectare, face dovada că se bazează pe capacitatea tehnică a entității subcontractoare.

În concluzie, autoritatea contractantă are obligația să ia în considerarea experiența similară a subcontractantului, nominalizat în contract, întrucât SC ...SRL a fost propus pentru partea pentru care a fost solicitată experiența similară.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul nu va reține ca valide argumentele autorității, formulate în punctul de vedere față de contestație:

[…] cerința va fi indeplinita doar daca subcontractantul este si tert sustinator, intrucat resursele subcontractatului sunt luate in considerare doar pentru partea din contractul de achiziție publica pe care o executa. Prin resurse se intelege resursele materiale fiind reprezentate de utilaje, echipamente, dotări tehnice etc., iar resursele umane, de personal specializat.

Consiliul constată că, prin motivarea expusă anterior, autoritatea contractantă reinterpretează atât dispozițiile fișei de date, cât și ale legislației achizițiilor publice. Prin fișa de date s-a permis dovedirea îndeplinirii cerinței de experiență similară (parte integrantă a capacității tehnice și profesionale), astfel:

Capacitatea tehnica si profesionala a ofertantului poate fi sustinuta, pentru indeplinirea unui contract, si de o alta persoana, indiferent de natura relatiilor juridice existente intre ofertant si persoana respectiva. In cazul in care ofertantul/candidatul isi demonstreaza capacitatea tehnica si profesionala invocand si sustinerea acordata de catre o alta persoana, atunci acesta are obligatia de a dovedi sustinerea de care beneficiaza, de regula, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirma faptul ca va pune la dispozitia candidatului/ ofertantului resursele tehnice si profesionale invocate – Formularul 2.

Însă, autoritatea achizitoare apreciază, în punctul de vedere, că subcontractantul (*altă persoană* care pune la dispoziție capacitatea tehnică și profesională) poate participa doar *cu resursele materiale fiind reprezentate de utilaje, echipamente, dotări tehnice etc, iar resursele umane, de personal specializat.* Dar niciunde în documentația de atribuire ori legislație nu se face referire la sintagma *resurse materiale*. Dispozițiile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 sunt foarte clare, în acest sens: *Autoritatea contractantă […] ia în considerare capacitatea tehnică și*

profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

Astfel, s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C-324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta:

49 […] *articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:*

- *recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și*
- *nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract.*

În consecință, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerarea experiența similară a subcontractantului SC ...SRL, în calitate de „altă persoană” care pune la dispoziție capacitatea sa tehnică și profesională și care execută serviciile de proiectare pentru care a fost prezentat acordul de subcontractare.

Referitor la afirmația, din punctul de vedere al autorității contractante, de necompletare de către ofertant a *DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă - nu a completat informații conforme referitoare la experiența similară pentru componenta proiectare*, Consiliul constată că acest motiv de respingere din procedură a operatorului în cauză nu reprezintă o decizie a comisiei de evaluare (nefiind consemnat în niciun proces-verbal), ci o decizie exprimată în urma depunerii contestației. În conformitate cu prevederile HG nr. 395/2016, responsabilitatea analizării, calificării/respingerii ofertelor aparține comisiei de evaluare, care are obligația consemnării deciziilor luate în procese-verbale, în temeiul următoarelor articole:

- *art. 127. - (1) Comisia de evaluare are următoare atribuții: […]*

b)verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați; […]

i) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;
j) stabilirea ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;
k) stabilirea ofertelor admisibile;
n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei şedinţe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape şi a raportului procedurii de atribuire.

- *art. 64 alin. (6): Orice decizie cu privire la calificarea ofertanților sau, după caz, cu privire la evaluarea ofertelor se adoptă de către comisia de evaluare în cadrul unor ședințe ulterioare ședinței de deschidere a ofertelor;*
- *art. 131 (3) Deciziile comisiei de evaluare se iau cu votul a cel puțin 2/3 dintre membrii săi cu drept de vot.*
  (4) Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.

În al doilea rând, pentru clarificarea unei astfel de neconcordanțe, dintre DUAE ofertant, unde SC ...SRL este declarat subcontractant pe capacitățile căruia nu se bazează ofertantul, și DUAE subcontractant unde acesta a menționat contracte în dovedirea serviciilor similare de proiectare, autoritatea contractantă avea obligația clarificării acesteia prin solicitarea clarificării acesteia, în temeiul art. 134 alin. (1) din HG 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, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

O solicitare în acest sens nu ar fi creat nicio modificare a ofertei și nicio avantajare a ofertantului, întrucât toate informațiile privind dovedirea experienței similare, precum și neîncadrarea în motivele de excludere, sunt deja în posesia autorității contractante, în DUAE-ul prezentat de către SC ...SRL.

Informațiile lipsă din DUAE-ul ofertantului reprezintă, în fapt, o eroare susținută, în mod mod neechivoc, de sensul și de conținutul informațiilor existente în DUAE-ul prezentat de subcontractant.

Astfel s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza C 131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A:

36 […] *o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată.*

37 În orice caz, obligația care poate reveni unei autorități contractante, în temeiul dreptului național, de a le solicita ofertanților să furnizeze declarațiile și documentele necesare pe care nu le au transmis în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau să corecteze aceste declarații și aceste documente în cazul existenței unor erori nu poate fi recunoscută decât în măsura în care completările sau corectările aduse ofertei inițiale nu conduc la modificarea acesteia în mod substanțial.

Astfel, Consiliul consideră întemeiată critica privind luarea în considerare a experienței similare prezentate de SC ...SRL, în calitatea sa de subcontractant.

În ceea ce privește solicitarea petentei de considerare a ofertei drept conformă, Consiliul o respinge, ca inadmisibilă, din următoarele considerente:

Aprecierea ofertei ca admisibilă este atributul comisiei de evaluare și nu a organismului administrativ-jurisdicțional, conform art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016. În acest sens, Consiliul nu se poate substitui atribuțiilor comisiei de evaluare, rolul său de organism administrativ-jurisdicțional fiind acela de soluționare a contestațiilor cu privire la procedurile de atribuire a contractelor, conform art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și nu de evaluare a ofertelor, inclusiv a aspectelor de inacceptabilitate susținute de contestatoare.

Pe de altă parte, comisia de evaluare poate decide dacă oferta nu este inacceptabilă doar după verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., va obliga autoritatea contractantă la anularea adresei nr. 557/02.03..... de comunicare a rezultatului evaluării DUAE, și la reevaluarea ofertei depusă de contestator, conform celor menționate anterior.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și obligă autoritatea contractantă la anularea adresei nr. 557/02.03..... de comunicare a rezultatului evaluării DUAE,

precum și a actelor subsecvente și dependente de actul anulat, în partea ce privește oferta depusă de contestator.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, conform celor din motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind includerea ofertei în categoria celor conforme.

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

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

Redactată în patru exemplare, conține șaisprezece pagini.