



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. / /, ...

Data:

Prin contestația nr. 831/01.03....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7418/02.03....., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la ORC sub nr. ... având CUI ..., lider al Asocierii, reprezentată de ... – Director general, în cadrul procedurii de licitație deschisă având ca obiect încheierea unui acord cadru de „Servicii salubritare și dezăpezire pe raza ... din Municipiul, organizată de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat Consiliului:

- anularea răspunsurilor autorității contractante nr. 7211/20.02..... și nr. 8276/27.02..... la Notificările prealabile, a adresei nr. 6582/15.02..... de solicitare de clarificări precum și a adresei nr. 7210/20.02..... de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în ceea ce privește solicitarea de clarificări;

- obligarea autorității contractante la eliminarea din cuprinsul adresei nr. 6582/15.02..... a textului „În acest sens, vă învederăm faptul că pentru considerarea drept concludent a răspunsului dumneavoastră, vor fi acceptate doar motive de ordin tehnic imputabile operatorului SEAP, respectiv disfuncționalității acestui sistem, care nu au permis încărcarea corespunzătoare a documentului solicitat, motive care vor fi confirmate de către Agenția pentru Agenda Digitală a României (AADR)” precum și a obligației de a anexa răspunsului documentul original justificativ din partea AADR cu privire la existența disfuncționalităților sus-menționate;

- suspendarea aplicării deciziei luate de autoritatea contractantă de respingere ca inacceptabilă a ofertei până la soluționarea contestației.

Cu privire la suspendare, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 83/...../..... din data de 03.03....., în sensul respingerii ca nefondată.

Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., formulată de SC SA, cu sediul social în, ..., ..., înregistrată la ORC sub nr., având CUI, reprezentată prin, în cadrul procedurii de licitație deschisă menționată anterior, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat Consiliului

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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 contestațiile de față, prin care ofertanții ... și SC RA solicită anularea deciziilor de respingere a ofertelor.

... este nemulțumită de solicitarea de clarificări nr. 6582/15.02....., prin care autoritatea contractantă a solicitat justificarea omisiunii de postare în SEAP a OP-ului privind plata poliței de asigurare prin care s-a constituit garanția de participare. De asemenea, critică și adresa prin care i s-a comunicat respingerea ofertei sale ca inacceptabilă.

Referitor la primul document invocat, respectiv solicitarea de clarificări nr. 6582/15.02....., contestatoarea apreciază ca nelegală afirmația autorității contractante, conform căreia, pentru justificarea omisiunii de postare în SEAP a OP-ului privind plata poliței de asigurare vor fi acceptate doar motive de ordin tehnic imputabile operatorului SEAP, respectiv disfuncționalități ale acestui sistem, care nu au permis încărcarea corespunzătoare a documentului solicitat, motive care vor fi confirmate de Agenția pentru Agenda Digitală a României, precum și obligația de anexare la răspuns a documentului original justificativ din partea AADR cu privire la existența disfuncționalităților în cauză.

Contestatoarea arată că, în conformitate cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pot fi solicitate clarificări și completări doar pentru evaluarea ofertei, astfel încât solicitarea de clarificare

menționată este, în opinia sa, una excesivă cadrului legal al procesului de verificare și evaluare a ofertei. Potrivit contestatoarei, impunerea obligației de prezentare a documentului original emis de AADR, precum și stabilirea limitelor în care răspunsul ar fi putut fi apreciat ca fiind concludent, prin identificarea motivului nepostării în SEAP a OP-ului de confirmare a plății primei de asigurare, nu aveau în vedere oferta sa și nici modul de constituire a garanției de participare. Prin urmare, solicitarea de clarificări nu putea privi în mod legal, decât elementele ofertei.

Făcând referire la prevederile de la pct. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției privind forma de constituire a garanției de participare, precum și la modalitatea de dovedire a ei, contestatoarea arată că aceasta a fost reprezentată printr-un instrument de garantare emis de o societate de asigurări, în speță Polița de asigurare de garanții contractuale Seria BB nr. 000708 emisă la data de 09.01....., precum și Anexa la această poliță, respectiv Scrisoare de garanție bancară pentru participarea cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

În opinia contestatoarei, aceste două înscrisuri, care au fost postate în SEAP și depuse în original la Registratura autorității contractante, făceau pe deplin dovada constituirii garanției. Solicitarea de depunere și a OP-ului în SEAP este una excesivă limitelor verificării și evaluării ofertei.

Totodată, contestatoarea arată că, potrivit dispozițiilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, procedura de verificare a garanției de participare este una distinctă de procedura de evaluare și verificare a ofertei.

Astfel, se stabilesc în mod clar aspectele care pot fi supuse verificării modului de îndeplinire a obligației de constituire a garanției de participare, anume neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, precum și termenul în care se solicită și se clarifică aceste aspecte, respectiv 3 zile lucrătoare de la data – limită de depunere a ofertelor.

În cazul de față, arată că autoritatea contractantă nu a respectat niciuna din limitele verificării garanției de participare, deoarece nu s-au verificat condițiile de formă ale garanției de participare și nu s-a respectat termenul de 3 zile lucrătoare. În plus, declararea ca inacceptabilă a ofertei sale pentru motive ce vizau constituirea garanției, s-a realizat după 35 de zile de la data limită de depunere a ofertelor.

Referitor la acest aspect, contestatoarea precizează că nu poate fi acceptat punctul de vedere al autorității contractante privind tardivitatea Notificării prealabile, atât timp cât, pe de o parte, obiectul Notificării îl constituia textul solicitării de clarificări, față de care aceasta era formulată în termen, iar pe de altă parte,

interesul criticării cererii de depunere a OP-ului s-a născut doar în momentul în care a fost comunicată posibilitatea respingerii ca inacceptabilă a ofertei ca urmare a nepostării în SEAP a acestuia.

În ceea ce privește adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2710/20.02....., contestatoarea consideră că aceasta trebuie anulată în totalitate deoarece:

- garanția de participare a fost emisă în forma și cuantumul solicitate, dovada constituirii fiind făcută în termenul prevăzut în documentația de atribuire. Respingerea ofertei sale în condițiile în care autoritatea contractantă avea certitudinea că OP-ul există, este una nejustificată, mai ales în contextul în care, prin solicitarea de clarificări, a exclus orice posibilitate de lămurire a aspectului plății Poliței de asigurare, limitând fără temei legal modul în care urma să fie dovedită omisiunea de încărcare în SEAP a OP-ului.

- potrivit art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, o ofertă poate fi declarată inacceptabilă în ceea ce privește modul de constituire a garanției de participare numai dacă sunt îndeplinite condițiile art. 132 alin. (3) din același act normativ. Prin urmare, atâta timp cât există un text special cu privire la cazul de declarare drept inacceptabilă a ofertei pentru motive ce țin de constituirea garanției de participare, autoritatea contractantă nu poate respinge o asemenea ofertă pentru un alt caz de declarare drept inacceptabilă, respectiv cel prevăzut la art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, justificat de motivul că nu s-a răspuns concludent la o solicitare de clarificări.

În plus, la data la care a fost declarată inacceptabilă, fusese postată pe SEAP dovada plății Poliței de asigurare, anexa la răspunsul la solicitarea de clarificări, emis sub nr. 655/17.02....., întrucât, contrar celor menționate de autoritatea contractantă în Răspunsul la cea de a doua Notificare prealabilă, la solicitarea sa nr. 6582/17.02....., ... nu a formulat doar o Notificare prealabilă, ci a și răspuns acestei solicitări. În consecință, dispozițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, singurele în temeiul cărora se putea declara inacceptabilă oferta, nu erau aplicabile.

Astfel, contestatoarea concluzionează că garanția de participare a fost constituită în mod legal, fiind postate în SEAP Polița de asigurare și anexa acesteia, ulterior fiind depus și OP-ul de plată a Poliței, autoritatea contractantă luând în mod nelegal măsura de respingere ca inacceptabilă a ofertei, întemeindu-și decizia pe un alt text de lege, referitor la neemiterea unui răspuns concludent.

Prin contestația depusă, SC SA critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inadmisibilă oferta depusă în cadrul procedurii prin prisma motivului că, în cadrul DUAE, nu a fost completată nicio informație cu privire la indicatorul lichiditate generală.

Referitor la acest aspect, contestatoarea arată că necompletarea informațiilor respective, decât în mod parțial, a fost determinată de următoarele aspecte:

- DUAЕ nu conține în cuprinsul său cerința de lichiditate generală;

- în fișa de date, cerința nu conține elemente definitorii, respectiv nivelul (valoarea minimă) și perioada, așa cum se prevede la art. 175 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, ci doar sintagma – lichiditate generală – operatorii economici participanți la procedura de atribuire vor completa DUAЕ cu informațiile aferente propriei situații, referitoare la lichiditatea generală;

- având în vedere că lichiditatea generală se calculează raportând activele curente la datoriile curente la o anumită dată, dintr-o inadvertență de formă nu s-a putut încărcă nicio informație cu privire la lichiditatea generală.

În opinia contestatoarei, această deficiență putea fi corectată prin solicitarea unor clarificări în baza art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, comisia având dreptul de a cere corectarea viciilor de formă, în baza art. 135 din HG nr. 395/2016, dat fiind faptul că DUAЕ, în partea a IV-a Criterii de selecție, secțiunea B a fost încărcat parțial.

De asemenea, susține că, în fișa de date, cerința este exprimată sub sintagma – lichiditate generală și nu sub forma – lichiditate generală pentru ultimii 3 ani, aceasta fiind rațiunea pentru care, contestatoarea nu înțelege de ce autoritatea contractantă raportează lichiditatea generală, acum, în, la anii 2013, 2014 și 2015 și descalifică o ofertă pentru o cerință pe care nu a solicitat-o în fișa de date.

Totodată, arată că acceptarea lichidității generale pentru anii 2013, 2014 și 2015, pentru ceilalți ofertanți, în opinia sa, conduce la crearea unui avantaj pentru aceștia, în lumina art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și, implicit, la încălcarea principiului tratamentului egal. Cerința solicitată sub forma – lichiditate generală, fără a fi raportată la o anumită dată poate duce la o abordare neunitară față de toți ofertanții, iar faptul că elemente definitorii cum ar fi nivelul și perioada de raportare nu au fost comunicate de autoritatea contractantă, nu ar trebui să constituie un motiv de descalificare.

Prin punctele de vedere nr. 10934/09.03..... și nr. 11065/10.03....., înregistrate la Consiliu cu nr. 8538/13.03....., ... a solicitat respingerea contestațiilor depuse de ... și SC SA.

În ceea ce privește contestația formulată de ..., autoritatea contractantă arată că oferta acesteia a fost respinsă motivat de faptul că, deși în îndeplinirea cerinței privind constituirea garanției de participare, ofertantul în cauză a depus Polița de asigurare de

garanții emisă de către ATE Insurance România la data de 09.01....., cu seria BB NR. 000708, precum și anexa la aceasta, scrisoarea de garanție bancară, acesta nu a răspuns concludent la solicitarea sa de a depune și dovada privind achitarea Poliței de asigurare.

În acest sens, menționează că, prin adresa nr. 2229/18.01....., a solicitat ofertantului clarificări cu privire la constituirea garanției de participare, respectiv depunerea unei copii a ordinului de plată la care se face referire în Polița de asigurare depusă, emisă de ATE Insurance România. Referirea la ordinul de plată se făcuse anterior fără menționarea numărului și datei acestuia.

Contrar celor susținute de contestatoare, autoritatea contractantă apreciază că necesitatea depunerii dovezii privind achitarea poliței de asigurare nu este o condiție stabilită discreționar, ci este una esențială pentru verificarea valabilității garanției de participare, lucru menționat în mod expres și în cuprinsul condițiilor generale privind asigurarea de garanții contractuale, art. 5.2 și 5.3 astfel cum sunt acestea statuate de către emitentul poliței de asigurare – *5.2 Prima de asigurare se achită anticipat și integral, de către asigurat/contractant, la încheierea contractului de asigurare. 5.3 În cazul în care Polița de asigurare a fost emisă, dar nu a fost încasată Prima de asigurare, contractul de asigurare nu produce efecte iar utilizarea acestuia de către asigurat, în aceste condiții, nu va angaja răspunderea asiguratorului față de terții interesați.*

Astfel, plata primei de asigurare reprezintă o condiție esențială de valabilitate a contractului de asigurare. În acest context, autoritatea contractantă apreciază că este atributul comisiei de evaluare de a verifica atât existența formală a garanției de participare, cât și valabilitatea acesteia. În acest sens a fost emisă adresa de clarificări nr. 2229/18.01..... amintită anterior, termenul de răspuns la aceasta fiind de 3 zile lucrătoare.

..., fără să conteste la acel moment solicitarea de clarificări transmisă, în data de 20.01....., a publicat în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări, fără să încarce și dovada plății, adică fără să facă dovada valabilității garanției de participare.

Astfel comisia de evaluare a decis să revină cu o nouă cerere de clarificări, prin adresa nr. 6582/15.02....., solicitând prezentarea unei explicații privind motivul pentru care acest document nu se regăsește încărcat în SEAP, deși precisase că l-a încărcat. Argumentul formulării acestei solicitări a fost, potrivit susținerilor autorității contractante, de înlăturare a singurei posibilități care nu ar fi condus la excluderea ofertantului în baza art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respectiv existența unor

disfuncționalități tehnice ale SEAP, care ar fi reprezentat o circumstanță independentă față de ofertant și care nu i-ar fi putut fi imputată.

Față de această nouă solicitare de clarificări, ofertantul a răspuns invocând o eroare umană și nefuncționarea echipamentului propriu de scanare care au condus la nedepunerea în SEAP a copiei ordinului de plată.

Potrivit autorității contractante, acestea au fost premisele față de care, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, ofertantului ... i-a fost adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

În ceea ce privește susținerile conform cărora documentele doveditoare privind îndeplinirea cerinței referitoare la garanția de participare s-ar situa în afara ofertei, considerente față de care autoritatea contractantă nu ar fi putut solicita clarificări în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că acestea se situează în afara noțiunii de ofertă, astfel cum este aceasta definită la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, intrând în categoria *alte documente stabilite prin documentația de atribuire*.

În opinia autorității contractante, netransmiterea unui răspuns concludent în conformitate cu solicitarea de clarificări nu poate constitui un risc pe care să și-l asume, deoarece operatorii economici au obligația să prevadă toate măsurile pentru transmiterea răspunsului în termenul solicitat. După caz, dacă se considera necesar și justificat, se putea transmite autorității contractante o solicitare de prelungire a termenului de răspuns, solicitare care, de asemenea, nu a fost făcută în termenul dat pentru transmiterea răspunsului la solicitarea de clarificări.

Autoritatea contractantă consideră că o astfel de situație este similară riscului nedepunerii unei oferte în termen. Erorile tehnice/umane prezentate de contestatoare nu pot susține conținutul documentului ce se dorea a fi transmis. Astfel, culpa nerecepționării documentului solicitat aparține contestatoarei și nu autorității contractante, riscul transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, căzând în sarcina operatorului economic.

Referitor la contestația formulată de SC SA, autoritatea contractantă arată că motivul pentru care oferta acesteia a fost respinsă a constat în faptul că nu a înțeles să completeze la nivelul DUAE informații legate de lichiditatea generală, astfel cum s-a solicitat la cap. III.2.2 Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, respectiv: „Ofertantul (individual sau asocierea) va oferi informații cu privire la capacitatea sa economică și financiară, inclusiv pentru terțul susținător, după caz (art. 183 din Legea nr. 98/2016). Modalitatea de demonstrare a îndeplinirii cerinței: operatorii economici participanți la procedura de atribuire

vor completa DUAЕ, cu informațiile aferente propriei situații, referitoare la: lichiditatea generală, cifrele de afaceri corespunzătoare datelor din situațiile financiare la 31 decembrie, pentru anii 2013, 2014 și 2015. Nivelul anual al cifrei de afaceri globale să fie de minim 30.562.826,85 lei (raportat la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent)”.

Potrivit autorității contractante, la nivelul DUAЕ, formular reglementat de Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei de stabilire a formularului standard pentru documentul unic european de achiziție, nu apare sintagma – lichiditate generală, deoarece acesta este unul din indicatorii financiari pe care îi poate solicita autoritatea contractantă pe lângă cifra de afaceri, la nivelul DUAЕ, existând secțiunea indicator financiar pe care autoritatea contractantă a bifat-o pentru a fi completată de ofertanți. Totodată, arată că DUAЕ trebuie înțeles și completat de ofertant prin corelare cu prevederile fișei de date a achiziției, prevalând informațiile din fișa de date, conform art. 20 alin. (7) din Norme.

Astfel, apreciază că cerința a fost suficient de clară și nu a necesitat lămuriri, ea fiind înțeleasă de ofertanți, astfel cum a fost solicitată prin fișa de date, respectiv informații privind lichiditatea generală pe ultimii 3 ani (2015, 2014, 2013). De asemenea, mai precizează și faptul că a solicitat informații privind lichiditatea generală fără a condiționa de îndeplinirea unui anumit nivel al acestui indicator.

Cu privire la afirmațiile contestatoarei conform cărora, în speța de față, este vorba de o simplă inadvertență de formă, care putea fi corectată prin intermediul unei solicitări de clarificări, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt eronate deoarece, în speța de față, nu avem de a face cu un viciu de formă, ci cu necompletarea corespunzătoare a DUAЕ, fapt care, potrivit art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, atrage respingerea ofertei în cauză ca inacceptabilă.

Ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, SC SA a transmis concluziile scrise nr. 10859/17.03....., înregistrate la Consiliu cu nr. 9404/17.03....., prin care arată următoarele:

1. Deși autoritatea contractantă susține că cerința a fost suficient de clară și nu a necesitat clarificări, ea fiind înțeleasă de ofertanți, astfel cum a fost solicitată prin fișa de date, respectiv informații privind lichiditatea generală pe ultimii 3 ani (2015,2014,2013), se poate constata cu privire la un alt participant la procedură, respectiv SC ...SA, că prin Procesul-verbal nr. 2 (4745/06.02.....) comisia de evaluare a consemnat– Cu privire la oferta SC ...SA întrucât referitor la cerința din fișa de date privind indicatorul financiar nu reiese în mod explicit faptul că nivelul

menționat pentru acest indicator trebuie să fie completat la nivelul DUAE referitor la fiecare din cei trei ani sau ca medie a anilor 2013, 2014 și 2015, comisia de evaluare decide să nu ceară clarificări ofertantului cu privire la acest aspect, ofertantul menționând expres care este media indicatorului lichiditate generală pentru ultimii 3 ani.

Potrivit contestatoarei, aceasta este o dovadă că, însăși autoritatea contractantă recunoaște că cerința nu a fost complet formulată în fișa de date astfel încât să conducă la o completare unitară în DUAE și acceptă, fără să solicite clarificări, informația furnizată de ofertant.

2. În punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă nu recunoaște aplicabilitatea art. 209 alin. 91) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește lichiditatea generală, dar în cazul SC ...SA acceptă completarea ulterioară prin solicitarea de clarificări, a unui document lipsă, nedepus la data limită pentru depunerea ofertelor, respectiv *Declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din legea nr. 98/2016*, deși la secțiunea III.2.1 a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, din fișa de date a achiziției, se solicită ca respectiva declarație să fie depusă odată cu DUAE, până la data limită a depunerii ofertelor.

Pentru aceste considerente, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și, ulterior, precizată și completată.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect „Servicii salubritate și deszăpezire pe raza Sectorului 5 din Municipiul, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare 171997/..... cu o valoare estimată cuprinsă între 31.882.757,23 lei și 70.367.661,40 lei, fără TVA.

În cadrul prezentei proceduri, Consiliul constată că a mai fost formulată o contestație de SC ... SRL ce a fost respinsă ca nefondată prin decizia nr. 166/C6/2998 din data de 25.01..... Împotriva acestei decizii s-a formulat plângere soluționată de Curtea de Apel în dosarul nr. 1044/2/....., în sensul respingerii ca nefondată.

Nemulțumită de răspunsurile autorității contractante nr. 7211/20.02..... și nr. 8276/27.02..... la Notificările prealabile, de conținutul adresei nr. 6582/15.02..... de solicitare de clarificări și adresei nr. 7210/20.02..... de respingere ca inacceptabilă a ofertei, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, ... a formulat prezenta contestație, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Analizând motivul de respingere a ofertei ..., Consiliul constată că temeiul de drept indicat este art. 134 alin. (5) din HG nr.

395/2016, care prevede: „(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, cu următoarea motivație: „... întrucât nu ați transmis în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate în legătură cu garanția de participare. Prin adresa nr. 2229/18.01..... ... întrucât nu ați depus copia documentului solicitat de autoritatea contractantă, aceasta a solicitat să motivați nedepunerea documentului odată cu răspunsul ... având în vedere că nu ați încărcat în SEAP documentul solicitat de autoritatea contractantă în termenul indicat, motivul fiind unul care ține de neglijența ofertantului, oferta dvs este respinsă în temeiul art. 134 alin. (5) din Norme, ca fiind inacceptabilă”.

În fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) Garanția de participare, s-a prevăzut: „garanția de participare se constituie prin virament bancar ... sau printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară ori de o societate de asigurări ...”. Documentul prezentat de contestatoare, ce confirmă constituirea garanției de participare, este polița de asigurare de garanții contractuale privind garanția de participare la licitație seria BB nr. 000708 emisă la data de 09.01....., însoțită de anexă, încheiată cu ATE INSURANCE ROMÂNIA SA, care conține următoarele informații: valoarea garanției 305.628,26 lei, perioada de valabilitate 16.01.....-28.05....., prima de asigurare 3.904 lei (la încheierea asigurării, s-a achitat, integral, suma de 3904 lei, prin bancă cu OP).

Prin urmare, instrumentul de garantare emis de societatea de asigurări este polița de asigurare, poliță care acoperă cerința autorității contractante din fișa de date a achiziției.

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată că, prin procesul-verbal nr. 2013/17.01....., de vizualizare și inventariere a documentelor depuse în SEAP, comisia de evaluare a constatat următoarele: „... garanția de participare ... constituită prin: polița de asigurare de garanții contractuale privind garanția de participare la licitația Seria BB nr. 000708 emisă la data de 09.01..... în valoare de 305.628,26 lei, valabilă până la 28.05..... și anexa la polița seria BB nr. 000708/09.01..... ambele emise de Garanția de participare a fost încărcată în SEAP semnată cu semnătură electronică extinsă. Prima de asigurare este consemnată în cuantum de 3904 lei, în anexa la poliță cu precizarea că a fost achitată prin OP. Ofertantul nu a prezentat copia OP, drept pentru i

se va solicita clarificare ..." și a hotărât să-i solicite Asocierii ..., prin adresa nr. 2229/18.01....., prezentarea copiei, conform cu originalul, a ordinului de plată privind plata primei de asigurare pentru polița seria BB nr. 000708/09.01....., cu termen de răspuns 20.01.....

La această solicitare, prin adresa nr. 330/20.01....., ofertantul a formulat următorul răspuns: „... Clarificare 2. Anexăm copie conform cu originalul a OP nr. 4/09.01....., ce atestă plata primei de asigurare pentru polița seria BB nr. 000708/09.01....., copie pe care o depunem și în SEAP”, dar, contrar răspunsului, nu a încărcat copia OP-ului în SEAP.

Ulterior, prin procesul-verbal nr. 2/4745/06.02....., comisia de evaluare a consemnat următoarele: „... 2. Cu privire la prezentarea copiei conform cu originalul a ordinului de plată privind plata primei de asigurare pentru polița seria BB nr. 000708/09.01....., în cadrul răspunsului încărcat în SEAP de ofertant conținând un număr de 198 de file (numerotate de 1 la 198) nu se regăsește copia ordinului de plată. Concluzie: toate documentele încărcate au fost semnate cu semnătură electronică extinsă. Întrucât copia ordinului de plată nu a fost transmisă nici ulterior ca urmare a solicitării de clarificare din partea comisiei de evaluare, aceasta consideră răspunsul ca fiind neconcludent” și a decis: „1. Cu privire la ofertantul Asocierea ... nu se mai impune solicitarea de clarificări conform celor recomandate de expertul cooptat întrucât în cadrul documentelor depuse în răspunsul la solicitarea de clarificări ofertantul nu transmite copia OP pentru polița de asigurare, așa cum i s-a solicitat prin solicitarea de clarificări din data de 18.01.....”.

Cu toate acestea, prin procesul-verbal nr. 3/6543/15.02....., comisia de evaluare a hotărât: „... cu privire la ofertantul Asocierea ... solicitarea unei explicații privind motivul neîncărcării în SEAP a copiei OP privind achitarea primei de asigurare pentru polița de asigurare aferentă garanției de participare”, ca urmare a recomandărilor observatorilor ANAP: „recomandă comisiei de evaluare solicitarea către ofertant a unei explicații cu privire la motivul pentru care nu a fost încărcată copia OP privind achitarea primei de asigurare pentru polița de asigurare odată cu răspunsul încărcat în SEAP în data de 20.01....., așa cum i s-a solicitat prin solicitarea de clarificări ...”.

Astfel, prin adresa nr. 6582/15.02....., i-a cerut contestatoarei următoarele: „întrucât prin răspunsul încărcat în SEAP la data de 20.01..... nu a fost comunicată dovada achitării primei de asigurare ... s-a hotărât solicitarea comunicării de către dvs, până la data de 17.02..... ora 16:00, a unor explicații cu privire la motivul pentru care documentul solicitat nu apare încărcat în cadrul SEAP ... vor fi acceptate doar motive de ordin tehnic

imputabile operatorului SEAP ... răspunsul dvs trebuie însoțit de copia ordinului de plată prin care este realizată dovada achitării primei de asigurare pentru polița de asigurare, precum și de documentul original justificativ din partea AADR cu privire la existența disfuncționalităților sus menționate”.

Împotriva acestei solicitări, contestatoarea a formulat notificarea prealabilă nr. 654/17.02....., la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 7211/20.02....., astfel: „... sunt invocate aspecte ce ar fi trebuit prezentate de către asociere la adresa de solicitare de clarificări nr. 2229/18.01..... ... notificarea prealabilă formulată la acest moment nu are obiect și este vădit tardivă”.

Totodată, la această solicitare nr. 6582/15.02....., contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 655/17.02....., astfel: „motivele pentru care o copie conform cu originalul a OP nr. 4/09.01....., ce atestă plata primei de asigurare pentru polița seria BB nr. 000708/09.01..... nu apare în SEAP, sunt determinate de o defecțiune tehnică a echipamentului de scanat prin intermediul căreia s-a realizat documentul în format pdf., postat în SEAP ... însă defecțiunea echipamentului de scanat, dublată de o eroare umană, de verificare a întregului document încărcat în SEAP, au determinat lipsa copiei conforme în răspunsul la solicitarea de clarificare. Completare: Anexăm copie conform cu originalul a OP nr. 4/09.01....., ce atestă plata primei de asigurare pentru polița seria BB nr. 000708/09.01....., copie pe care o depunem și în SEAP” și a atașat copia OP-ului ce confirmă achitarea primei de asigurare.

Ulterior, prin procesul-verbal nr. 4/7207/20.02....., după ce a primit copia OP-ului ce confirmă achitarea primei de asigurare, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei contestatoarei și i-a transmis contestatoarei adresa de comunicare nr. 7210/20.02.....

Prin urmare, având în vedere situația prezentată, Consiliul constată că, în procesul de evaluare, comisia de evaluare a dat dovadă de disponibilitate și i-a solicitat clarificări contestatoarei, în sensul dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea

unui ofertant/candidat”, dar cu toate acestea consideră exagerată decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei contestatoarei, la data de 20.02....., ulterior solicitării de clarificări nr. 6582/15.02....., pentru că nu a transmis copia OP-ului (acesta exista la momentul depunerii ofertelor, nefiind constituit ulterior) la solicitarea de clarificări anterioară nr. 2229/18.01.....

În acest sens, Consiliul are în vedere că, în virtutea principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare și-a asumat inițial răspunderea să nu respingă oferta contestatoarei după răspunsul primit la prima cerere de clarificări nr. 2229/18.01....., dar cu toate acestea după primirea adresei de răspuns nr. 655/17.02....., la care a fost atașată copia OP-ului aceasta a decis respingerea ofertei.

În consecință, Consiliul nu menține măsura respingerii ofertei contestatoarei, pe aspectul analizat, considerând că autoritatea contractantă nu a făcut o evaluare corectă a acesteia, iar motivul de respingere a fost eronat reținut.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de ..., în calitate de lider al Asocierii, în contradictoriu cu Anulează mențiunile din cadrul proceselor - verbale de evaluare și actelor subsecvente cu privire la respingerea ofertei contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în termen de 15 zile, cu luarea în considerare a ofertei contestatoarei, din acest punct de vedere.

Nemulțumită de respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, în baza art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv a art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, întrucât DUAE depus nu a fost completat în mod corespunzător în cadrul părții a IV-a: Criterii de selecție, la secțiunea indicator financiar, SC SA a formulat prezenta contestație, solicitând Consiliului

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

În concluzie, documentația acceptată implicit de ofertanți le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele

achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Analizând prezenta cauză, Consiliul constată că în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.2) *Capacitatea economică și financiară*, s-au solicitat următoarele: „cerința privind capacitatea economică și financiară: ofertantul (individual sau asocier) va oferi informații cu privire la capacitatea sa economică și financiară, inclusiv pentru terțul susținător, după caz (art. 183 din Legea nr. 98/2016). Modalitatea de demonstrare a îndeplinirii cerinței: operatorii economici participanți la procedura de atribuire vor completa DUAE cu informațiile aferente propriei situații referitoare la: lichiditatea generală, cifrele de afaceri corespunzătoare datelor din situațiile financiare anuale la 31 decembrie, pentru anii 2013, 2014 și 2015. Nivelul anual al cifrei de afaceri globale să fie de ...”, iar ca modalitate de îndeplinire, s-a prevăzut: „îndeplinirea cerințelor este asumată de către ofertant prin completarea DUAE ...”.

Prin urmare, DUAE, prezentat de ofertanți, trebuia să conțină, la rubrica B. *Capacitatea economică și financiară*, informații legate de lichiditatea generală și cifra de afaceri aferentă anilor 2013, 2014 și 2015.

Analizând DUAE depus de contestatoare, Consiliul constată că acesta nu conține nicio informație legată de lichiditatea generală aferentă anilor 2013, 2014 și 2015, așa cum s-a cerut. Prin urmare, o eventuală solicitare de clarificări ar fi condus la încălcarea dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: „(2) *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”, atâta timp cât informațiile legate de lichiditatea generală lipsesc cu desăvârșire, astfel că în mod corect oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul constată incidența următoarelor dispoziții legale:

din HG nr. 395/2016:

- art. 20 alin. (4) și (7): „(4) Pentru formularea și aplicarea aspectelor referitoare la cerințele care pot face obiectul DUAЕ se utilizează prevederile din Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisei din 5 ianuarie 2016 ... (7) În cazul în care există discrepanțe între informațiile prevăzute în DUAЕ și cele prevăzute în fișa de date, prevalează informațiile din fișa de date, DUAЕ urmând a fi revizuit corespunzător”;

- art. 132 alin. (1): „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”;

- art. 134 alin. (1): „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”;

- art. 137 alin. (2) lit. b): „În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: ... b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”;

din Legea nr. 98/2016:

- art. 3 alin. (1) lit. s): „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: ... s) DUAЕ - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”;

- art. 75: „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”

- art. 193 alin. (1) lit. b): „(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că

operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: ...
b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă”.

Conform acestor prevederi legale și luând în considerare precizările exprese ale autorității contractante, participanții aveau obligația să completeze informații cu privire la îndeplinirea cerințelor solicitate, urmând ca, doar în situația în care contestatoarea s-ar fi clasat pe primul loc în urma finalizării evaluării ofertei tehnice și economice, să fie cerute și transmise documentele menționate/enumerate în DUAE în conformitate cu precizările autorității contractante din fișa de date a achiziției.

Totodată, legiuitorul a stabilit că, atunci când autoritatea contractantă a solicitat în fișa de date a achiziției anumite informații ce trebuie să se regăsească în DUAE, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant în parte prin analizarea conținutului DUAE. Rolul comisiei de evaluare nu este unul formal, ci are obligația analizării informațiilor existente în cadrul DUAE. Ori, în cazul de față nu există nicio informație legată de lichiditate, care ar putea fi evaluată de comisia de evaluare, deși s-a prevăzut expres acest lucru în fișa de date a achiziției.

Consiliul consideră că autoarea contestației este în eroare atunci când afirmă, că autoritatea contractantă nu a precizat în fișa de date a achiziției criteriile de completare a formularului DUAE, întrucât în fișa de date au fost indicate informațiile care trebuie completate în DUAE cu privire la lichiditatea aferentă anilor 2013, 2014 și 2015, iar pe baza lor autoritatea contractantă aprecia cu privire la îndeplinirea sau nu a cerințelor de calificare. Pe baza informațiilor regăsite în DUAE autoritatea contractantă decide ofertele care trebuie evaluate în continuare și, doar în final, se solicită documentele indicate în DUAE ofertantului clasat pe primul loc, cu luarea în considerare a precizărilor exprese în acest sens din fișa de date a achiziției, în scopul confirmării îndeplinirii respectivelor cerințe de calificare. Dacă avea vreo nelămurire cu privire la modul de completare a DUAE, atunci contestatoarea putea solicita clarificări, lipsa sa de diligență în acest sens neputând fi imputată autorității contractante.

În absența oricăror informații legate de modul de îndeplinire a cerințelor privind lichiditatea cerută, nu este posibilă solicitarea niciunei clarificări, informațiile lipsind cu desăvârșire, astfel de solicitări nu pot fi nici formale și nici de clarificare.

De altfel, această interpretare a Consiliului este confirmată de către ANAP prin *Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale*, din 01.09.2016:

... a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE 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 DUAE.

Astfel, pentru inadverențele de formă apărute în completarea DUAE 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 DUAE sau a DUAE 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 [...]".

... 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".

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

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 DUAE vizează inadverențe 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.

Notă:

1. În conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și ale art. 138 alin. (2) din HG nr. 394/2016, înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru, autoritatea/entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Atunci când autoritatea/entitatea contractantă utilizează licitația electronică va avea în vedere solicitarea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, doar ofertantului situat pe primul loc, ca urmare a rezultatului obținut în urma finalizării licitației electronice...

Criticile suplimentare contestației, în cadrul concluziilor scrise, vor fi respinse ca inadmisibile de Consiliu, în baza dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care prevăd: "este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia".

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge ca

nefondată contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în calitate de lider al Asocierii ..., în contradictoriu cu Anulează mențiunile din cadrul proceselor - verbale de evaluare și actele subsecvente cu privire la respingerea ofertei contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în termen de 15 zile, cu luarea în considerare a ofertei contestatoarei, din acest punct de vedere.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 19 pagini.