CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în localitatea ....., ..., Jud. ....., având cod unic de înregistrare RO ....., reprezentată legal prin .. - administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului, emisă de ....., cu sediul în loc. ....., .., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Canalizare menajeră și stație de epurare în localitatea .....", cod CPV 45232440-8, s-a solicitat anularea documentului intitulat „Comunicare privind oferta depusă în urma anunțului de participare simplificat nr. ...../..... înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 517 din data de 04.04....." și a actelor subsecvente acestuia, prin care s-a decis respingerea ofertei; adoptarea de măsuri de remediere în cadrul procesului de evaluare a ofertelor prin evaluarea cerințelor de calificare și a propunerii tehnice în baza prevederilor legale și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică; „verificarea dosarului achiziției, pus la dispoziție de către autoritatea contractantă în vederea formulării concluziilor scrise".

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii

contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Canalizare menajeră și stație de epurare în localitatea .....”, cod CPV 45232440-8, s-a solicitat anularea documentului intitulat „Comunicare privind oferta depusă în urma anunțului de participare simplificat nr. ...../..... înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 517 din data de 04.04.....” și a actelor subsecvente acestuia, prin care s-a decis respingerea ofertei; adoptarea de măsuri de remediere în cadrul procesului de evaluare a ofertelor prin evaluarea cerințelor de calificare și a propunerii tehnice în baza prevederilor legale și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică; „verificarea dosarului achiziției, pus la dispoziție de către autoritatea contractantă în vederea formulării concluziilor scrise”.

În fapt, contestatorul arată că a participat în calitate de ofertant la procedura simplificată - într-o singură etapă, demarată prin invitația de participare cu nr. ...../....., pentru atribuirea contractului având ca obiect „Canalizare menajeră și stație de epurare în localitatea .....”. În data de 10.04..... a transmis autorității contractante Notificarea Prealabila prin adresa nr. 43.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa nr. 462/27.03.....: „Având în vedere cerința din fișa de date cu privire la experiența similară vă rugăm depuneți un DUAE revizuit care va conține la partea IV. Criteriile de selecție, capitolul C. Capacitatea tehnică și profesională, pentru fiecare contractul prezentat referitor la obiectul contractului (similar achiziției) numărul și data contractului/ procese verbale de recepție a lucrărilor/alte documente relevante. În ceea ce privește susținătorul declarat precizați procentul de susținere conform legislației achizițiilor publice, Legea nr. 98/2016, art. 12. În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința ce a fost stabilită în conformitate cu alin. 11 lit. c).

În DUAE prezentat de către susținătorul SC ....SRL, acesta declara că este în reorganizare, art. 167 alin. (1) autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică /acordul-cadru orice operator economic care se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității; - clarificați”.

Contestatorul susține că a răspuns în termenul legal prin adresa nr. 36 din 29.03..... unde a explicat: „conform solicitării din fișa de date a achiziției ofertantul va face dovada executării de lucrări similare în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor. Valoarea cumulată a lucrărilor similare executate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5

ani, să fie cel puțin egală cu valoarea de 1.900.000 lei fără TVA, în cadrul unuia sau mai multor contracte. Prin lucrării similare se înțeleg lucrări asemănătoare de tipul/natura și complexitatea, cât și din punct de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, cu cele supuse obiectului achiziției". Contestatorul arată că, în cadrul DUAE, a depus în vederea demonstrării experienței similare contractele de lucrări Canalizare menajera și stație de epurare în comuna Criciova, jud. Timiș, având o valoare de 4.083.008 lei la care se adaugă TVA și Rețea canalizare menajeră în loc. Agarbiciu, comuna Capusu Mare, jud. Cluj având o valoare de 2.371.837 lei la care se adaugă TVA.

Lucrările prezentate în documentele de calificare, arată contestatorul, sunt în curs de execuție de aceea nu s-a completat în DUAE data finalizării acestora.

Contestatorul arată că valoarea executată din aceste două contracte până în prezent este:

- Comuna Criciova, Jud. Timiș - 1.310.557,66 lei
- Comuna Căpușu Mare, Jud. Cluj- 731.550,95 lei

Având în vedere că, în cadrul fișei de date la secțiunea modalitate de îndeplinire a cerinței se menționează: *„Operatorul economic va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAE din documentația de atribuire, urmând ca documentele justificative solicitate (contracte (informații relevante)/ procese verbale de recepție a lucrărilor/ alte documente relevante) să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor*", condiția de calificare se considera îndeplinită chiar dacă contractele nu sunt finalizate, în opinia contestatorului, deoarece, poate demonstra lucrările executate prin proces verbal de recepție parțială/ situații de lucrări confirmate de către beneficiar etc. Aceste documente se vor depune așa cum s-a prevăzut în fișa de date, în momentul solicitării autorității contractante, de către beneficiarul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar.

În ceea ce privește experiența similară invocată pentru terțul susținător SC ....SRL - REORGANIZARE, aceasta este sub 50% din valoarea totală solicitată de către autoritatea contractantă (1.900.000 lei). În cadrul documentelor de calificare la pag. 106-107 s-a depus adresa nr. 1941 / 19.05.2014 unde beneficiarul Comuna Avram Iancu împreună cu dirigintele de șantier confirmă lucrări executate în valoare de 9.273.159 lei (TVA inclus). Din această valoare autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare diferența din valoarea celor două contracte depuse până la valoarea de 1.900.000 lei menționată în fișa de date. Astfel se poate observa că experiența similară invocată de către terțul susținător este sub 50% din valoare așa cum prevede art. 12 alin 11 lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la mențiunea că SC ....SRL declara că este în reorganizare acest fapt nu îl împiedică să participe la achiziții publice deoarece procesul de reorganizare este diferit de procedura insolvenței sau lichidare, supraveghere judiciară sau încetarea activității așa cum prevede art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Procedura de reorganizare este ultima etapă înainte de reluarea activității în mod normal, situație în care SC ....SRL este foarte aproape deoarece și-a respectat planul de reorganizare și toate angajamentele de plată până la această dată.

În urma clarificărilor transmise prin intermediul SEAP autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 517/04.04....., prin care oferta a fost declarată inacceptabilă deoarece răspunsul nu este semnat cu semnătură electronică extinsă.

Conform solicitărilor de clarificări autoritatea contractantă a solicitat ca documentul DUAE revizuit să fie depus cu semnătură electronică extinsă a reprezentantului legal, susține contestatorul, dar, contestatorul afirmă că, nu a depus un alt DUAE. Mai mult decât atât, arată contestatorul, prin solicitarea de clarificare nr. 462 din 27.03..... punctul 1 nu înțelege dacă autoritatea contractantă solicită depunerea unor documente suplimentare prin care să demonstreze experiența similară (procese verbale lucrări/alte documente relevante), solicitarea nefiind clară și concisă. Astfel documentul DUAE depus în cadrul documentelor de calificare este semnat electronic iar prin clarificarea depusă nu s-a redepus un alt document care să facă parte din cadrul ofertei și astfel să fie necesară semnătură electronică.

În acest sens contestatorul invocă art. 137 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege. Astfel, arată contestatorul, în articolul mai sus menționat nu se specifică dacă răspunsurile de clarificări se semnează electronic sau nu. Contestatorul precizează că, oferta lui include propunere financiară, propunere tehnică, documente de calificare și DUAE, scrisoare de înaintare și garanție de participare. Totuși clarificarea depusă este semnată prin semnătură olografă și depusă în termenul legal prin certificatul SEAP. Certificatul SEAP este utilizat prin user și parolă de către reprezentatul legal al societății iar prin utilizarea acestuia se demonstrează că orice document anexat în SEAP este emis și semnat de către SC ..... SRL prin ....– Administrator și atașează un print screen în care susține, acesta, se poate observa faptul că clarificarea a fost depusă prin certificatul SEAP activ și valid (a se vedea colțul din dreapta jos a print screen-ului următor - mențiunea ..).

Contestatorul consideră eronată concluzia autorității contractante cu privire la faptul că nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile

stabilite de autoritatea contractantă cu privire la experiența similară și a faptului că, prin răspunsul lui nu face dovada finalizării lucrărilor similare, ele fiind in derulare. Solicitarea de clarificări nu indică faptul că trebuie să depună anumite documente prin care să demonstreze experiența similară iar cu privire la completarea datei de finalizare a contractelor, acestea sunt în curs de execuție și de aceea nu s-a menționat data de finalizarea a acestora. Totuși aceste lucrări executate în cadrul contractelor de lucrări anexate în cadrul licitației trebuie luate în considerare ca experiență similară deoarece există situații de lucrări și procese verbale confirmate de către beneficiari și diriginți de șantier, aceștia având obligația de a verifica înainte cantitatea și calitatea lucrărilor. Contestatorul consideră că autoritatea contractantă i-a aplicat un tratament inegal și discriminatoriu încălcând art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 517/4.04....., arată contestatorul, autoritatea contractantă a comunicat că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece terțul susținător SC ....SRL a declarat în DUAE că se află în insolvență, motiv pentru care l-a exclus din procedură fără a cere clarificări.

Contestatorul consideră că, decizia autorității contractante încalcă dispozițiile art. 167 alin. (2), art. 170 alin. (2), art. 171 alin. (1) și (2), art. 183 alin. (1) și (2), art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dispozițiile art. 134 alin. (1), art. 135 și art. 137 din HG nr. 395/2016, art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014.

Contestatorul subliniază că, potrivit prevederilor art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, „*Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii*”, și potrivit prevederilor art. 123 alin. (1) din Legea nr. 85/2014: „*Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, art. 1.417 din Codul civil nefiind aplicabil. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor in derulare, de decădere din beneficiul termenului sau de declarare a exigibilității anticipate pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule*”.

Reiese că nici chiar în situația în care ofertantul sau terțul susținător ar fi fost supuși procedurii insolvenței în cursul executării contractului de achiziție publică, legea nu permite autorității contractante să rezilieze contractul pe acest motiv.

Pe de altă parte, în speță, susținerea SC ....SRL vizează îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la experiența similară minimă, iar, potrivit art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: „*în cazul în care susținerea terțului/terților vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului*”.

Așadar, susținerea SC ....SRL vizează resurse netransferabile, iar terțul susținător se obligă prin Angajament să pună la dispoziție ofertantului resursele tehnice și profesionale în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți în cursul executării contractului. Or, dacă oferta nu poate fi respinsă în cazul în care ofertantul, direct răspunzător de executarea contractului de achiziție, se află în procedura insolvenței, cu atât mai mult, această măsură nu poate fi luată în cazul în care un terț susținător se află în procedura insolvenței.

Contestatorul invocă în acest sens prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, dispozițiilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul consideră că, autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări, și nu consideră că i s-ar fi creat vreun avantaj prin asta.

De asemenea, susține contestatorul, decizia autorității contractante încalcă dispozițiile art. 56 alin. (3) și art. 57 alin. (6) din Directiva 24/2014, astfel cum au fost interpretate în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum și principiul proporționalității și cerințele bunei administrări a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 15452/..... ...../25.04....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției, oferta tehnică și DUAE contestator, potrivit art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 148 din HG nr. 395/2016; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016. De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. 668/27.04....., înregistrată la CNSC cu nr. 16408/ 02.05....., transmite punctul de vedere față de contestație și o parte din dosarul achiziției.

In fapt, autoritatea contractantă arată că, referitor la solicitarea de clarificări nr. 1 transmisă prin intermediul SEAP, i s-a solicitat contestatorului să depună DUAE revizuit care să cuprindă îndeplinirea cerințelor la partea IV și anume, numărul și data contractului/procese verbale de recepție a lucrărilor/alte documente relevante, iar în ceea ce privește terțul susținător invocat SC ....SRL, precizarea de susținere, cât și clarificarea procedurii de insolvență, reorganizare declarată de SC ....SRL.

După analizarea răspunsului acestuia și documentelor atașate, arată autoritatea contractantă, a constatat că s-a depus un răspuns care

nu respectă documentația de atribuire și de asemenea, răspunsul nu a fost încărcat în SEAP cu semnătură electronică extinsă. Contestatorul nu a precizat în DUAE că a finalizat contractele invocate. În ceea ce privește terțul susținător, arată autoritatea contractantă, nu putea admite un operator care se află în insolvență, neavând certitudinea că acesta va respecta programul impus de procedura de insolvență.

Prin adresa nr. 798/05.05....., înregistrată la CNSC cu nr. 17496/08.05....., autoritatea contractantă completează dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 1844/12.05....., autoritatea contractantă transmite DUAE contestator.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 18956/16.05....., autoritatea contractantă completează dosarul achiziției.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Canalizare menajeră și stație de epurare în localitatea .....", cod CPV 45232440-8, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../ ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut", iar valoarea estimată a contractului este 3.205.583,00 lei.

Contestatorul este nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, aspect comunicat prin adresa de comunicare evaluare DUAE nr. 517 din 04.04..... potrivit căreia sunt invocate următoarele motive:

- inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsul transmis la solicitarea de clarificări respectiv DUAE revizuit nu este semnat cu semnătură electronică extinsă;
- inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 deoarece în urma răspunsului la clarificări nu s-a făcut dovada finalizării lucrărilor similare, ele fiind în derulare, DUAE nu a fost revizuit;
- terțul susținător declarat în DUAE este în proces de reorganizare, etapă ce face parte din procedura insolvenței.

Având în vedere criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă deoarece nu ar fi dovedit experiența similară solicitată prin documentația de atribuire, Consiliul va reține că, la secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare: *„Ofertantul va face dovada executării de lucrări similare în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor. Valoarea cumulată*

a lucrărilor similare executate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, să fie cel puțin egală cu valoarea de 1.900.000 lei fără TVA, în cadrul unui sau mai multor contracte. Prin lucrări similare se înțeleg lucrări asemănătoare de tipul/natura și complexitatea, cât și din punct de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, cu cele supuse obiectului achiziției", modalitatea de dovedire aferentă fiind *„Operatorul economic va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAE din documentația de atribuire , urmând ca documentele justificative solicitate (contracte (informații relevante)/ procese verbale de recepție a lucrărilor/ alte documente relevante) să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor*".

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici interesați trebuiau să elaboreze și să depună anumite documente/înscrisuri, care să respecte toate cerințele mai sus menționate.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că SC ..... SRL a depus în cadrul ofertei următoarele două declarații DUAE, după cum urmează:

1) DUAE pentru SC ..... SRL (paginile 25 – 31 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), în care se precizează:
   - în partea II Informații referitoare la operatorul economic: „Vă rugăm să vă asigurați că celelalte părți în cauză prezintă un formular DEAU separat a) Vă rugăm să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului (...): SC ..... SRL – ofertant; b) vă rugăm să îi identificați pe ceilalți operatori economici care mai participă la procedura de achiziții publice: SC ....SRL – terț susținător";
   - în partea IV Criteriile de selecție: *„În perioada de referință, operatorul economic a îndeplinit următoarele lucrări de tipul specificat (...):*
     - *Descriere: Canalizare menajeră și stație de epurare în comuna Criciova, Jud Timiș; Valoare: 4.083.008 lei; Data de începere 11-09-2015; Data de încheiere: - ; Beneficiari: Comuna Criciova, jud. Timiș;*
     - *Descriere: Rețea canalizare menajera în loc. Agarbiciu, comuna Capusu Mare, jud. Cluj; Valoare: 2.371.837 lei: Data de începere: 11-11-2015; Data de încheiere: - ; Beneficiari: Comuna Capusu Mare, jud. Cluj*"

2) DUAE pentru SC ....SRL (paginile 74 – 89 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), în care se precizează:
   - în partea II Informații referitoare la operatorul economic: „Vă rugăm să vă asigurați că celelalte părți în cauză prezintă un formular DEAU separat a) Vă rugăm să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului (...): SC ....SRL – terț susținător; b) vă rugăm să îi identificați pe ceilalți operatori economici care mai participă la procedura de achiziții publice: SC ..... SRL – ofertant";
   - în partea III Motive de excludere: *„Operatorul economic este în situație de insolvență sau de lichidare? Da; Vă rugăm să le descrieți: SC ....SRL – reorganizare; Precizați motivele pentru care veți putea fi, totuși, în măsură executați contractul (...): SC ....SRL a intrat in procedura de reorganizare în mai datorita faptului că nu a încasat lucrările executate. În cele din urmă planul de reorganizare este respectat, plățile către furnizori se fac conform planului de reorganizare iar în cel mai scurt timp posibil societatea va ieși din reorganizare*";
   - în partea IV Criteriile de selecție: *„În perioada de referință, operatorul economic a îndeplinit următoarele lucrări de tipul specificat (...):*
     - *Descriere: Îmbunătățirea infrastructurii de apă și apă uzată în comuna Avram Iancu, jud. .....; Valoare: 9.273.159 lei; Data de începere 23-10-2009; Data de încheiere: - ; Beneficiari: comuna Avram Iancu, jud. .....".*

Pe parcursul analizării și evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 462/27.03....., următoarele clarificări: „Având în vedere cerința din fișa de date cu privire la experiența similară, vă rugăm să depuneți un DUAE revizuit care va conține la partea IV Criteriile de selecție, capitolul C Capacitatea tehnică și profesională, pentru fiecare contract prezentat, referire la obiectul contractului (similar achiziției) numărul și data contractului/procese verbale de recepție a lucrărilor/ alte documente relevante. În ceea ce privește susținătorul declarat, precizați procentul de susținere conform legislației achizițiilor publice, Legea nr. 98/2016 – art. (12) În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c).

În DUAE prezentat de către susținătorul SC ....SRL, acesta declară că este în reorganizare, art. 167 (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații

se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității; - clarificați;

*DUAE revizuit va fi depus cu semnătură electronică extinsă a reprezentantului legal/ împuternicit***"**.

Conform documentelor transmise de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, SC ..... SRL a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 36 din 29.03....., fără a atașa un DUAE revizuit și semnat electronic, astfel: „(...) în cadrul DUAE SC ..... SRL a depus în vederea demonstrării experienței similare contractele de lucrări Canalizare menajeră și stație de epurare în comuna Criciova, jud. Timiș având o valoare de 4.083.008 lei la care se adaugă TVA și Rețea canalizare menajeră în loc. Agarbiciu, comuna Capusu Mare, jud. Cluj având o valoare de 2.371.837 lei la care se adaugă TVA.

Lucrările prezentate în documentele de calificare și menționate mai sus sunt în curs de execuție de aceea nu s-a completat în DUAE data finalizării acestora drept pentru care documentul DUAE este corect completat iar depunerea unui alt document nu se justifică.

Valoarea executată din aceste două contrate până în prezent este:

- Comuna Criciova, Jud. Timiș -1.334.002 iei (TVA inclus)

- Comuna Capusu Mare, Jud. Cluj - 877.861 lei (TVA inclus)

În cadrul fișei de date la secțiunea modalitate de îndeplinire a cerinței se menționează: Operatorul economic va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAE din documentația de atribuire, urmând ca documentele justificative solicitate (contracte (informații relevante)/procese verbale de recepție a lucrărilor/ alte documente relevante) să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Astfel condiția de calificare se consideră îndeplinită chiar dacă contractele nu sunt finalizate iar subscrisa poate demonstra lucrările executate prin proces verbal de recepție parțială/ situații de lucrări confirmate de către beneficiar etc. Aceste documente se vor depune așa cum s-a prevăzut în fișa de date, în momentul solicitării autorității contractante, de către beneficiarul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar.

În ceea ce privește experiența similară invocată de către terțul susținător SC ....SRL - REORGANIZARE aceasta este sub 50% din valoarea totală solicitată de către autoritatea contractanta (1.900.000 lei fără TVA). În cadrul documentelor de calificare la pag. 106-107 s-a depus adresa nr. 1941 / 19.05.2014 unde beneficiarul Comuna Avram Iancu împreună cu dirigintele de șantier confirmă lucrări executate în valoare de 9.273.159 lei (TVA inclus). Din aceasta valoare, autoritatea contractantă trebuie să ia in considerare diferența din valoarea celor

două contracte depuse de către ..... SRL până la valoarea de 1.900.000 lei menționată în fișa de date. Astfel se poate observa cu ușurință faptul că experiența similară invocată de către terțul susținător este sub 50% din valoare așa cum prevede art. 12 alin. (11) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

*Referitor la mențiunea că SC ....SRL declară că este în reorganizare nu împiedică să participe la achiziții publice deoarece procesul de reorganizare este diferit de procedura insolvenței sau lichidare, supraveghere judiciară sau încetarea activității așa cum prevede art. 167 (1). Procedura de reorganizare este ultima etapă înainte de reluarea activității în mod normal, situație în care SC ....SRL este foarte aproape deoarece și-a respectat planul de reorganizare și toate angajamentele de plată până la această dată***"**.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a reținut în mod corect față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora „oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: 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 DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă" deoarece acesta nu a completat în DUAE informațiile referitoare la „procese verbale de recepție a lucrărilor/ alte documente relevante" (numărul și data procesului verbal de recepție/documentului relevant, valoarea lucrărilor recepționate etc.) din care să rezulte experiența sa similară, sau, cu alte cuvinte, nu a cuantificat valoarea lucrărilor efectiv executate din cadrul contractelor cu Comuna Criciova și Comuna Capusu Mare și nici nu a transmis autorității contractante un DUAE revizuit și semnat electronic, astfel cum i-a solicitat aceasta prin adresa nr. 462/27.03.....

Potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAE reprezintă *„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*".

http://anap.gov.ro/web/ wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdfLegiuitorul român în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09..... (postată pe site-ul oficial http://anap.gov.ro/web/ wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf) a detaliat diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate, astfel:

„*În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații: a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile*

DUAE, 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.

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 inadvertențele 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 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 […]»; 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 DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, ***<u>obligă la transmiterea</u> de către ofertanți/candidați, a <u>unui DUAE revizuit</u>***".

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări respectiv al transmiterii unui DUAE revizuit la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al necompletării/completării defectuoase a declarației DUAE potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de completare a DUAE referitor la experiența similară iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice și modalitatea clară, explicită în care acesta să o facă.

Mai mult, în cazul în care cerința privind experiența similară din fișa de date a achiziției și/sau solicitările de clarificări nr. 462/27.03....., transmise de autoritatea contractantă contestatorului, erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectivele clarificări, potrivit prevederilor legale. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru contestator, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin raportare la prevederile Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09..... antemenționată, Consiliul va reține că, „în lipsa transmiterii (n.n. de către contestator a unui DUAE revizuit astfel cum a solicitat autoritatea contractantă) devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 (...), care stabilesc că 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 (...): «autoritatea/ entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat»".

Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând ofertantului SC ..... SRL, pentru a clarifica inadvertența de formă din declarația sa DUAE, să depună „un DUAE revizuit care va conține la partea IV Criteriile de selecție, capitolul C Capacitatea tehnică și profesională, pentru fiecare contract prezentat, referire la obiectul contractului (similar achiziției) numărul și data contractului/ procese verbale de recepție a lucrărilor/ alte documente relevante", ceea ce înseamnă că, pentru fiecare dintre contractele enumerate în DUAE depus inițial, contestatorul ar fi trebuit să detalieze referințele privind numărul și data fiecărui contract/ proces verbal de recepție a lucrărilor/ alt document relevant pe care intenționează să îl transmită comisiei de evaluare în cazul stipulat la art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016 (astfel cum a fost prevăzut în fișa de date) sau să notifice și ulterior să conteste solicitarea autorității contractante în termenul legal.

Cu toate acestea, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Consiliul reține faptul că respingerea ofertei SC ..... SRL de către comisia de evaluare s-a făcut în mod corect și legal având în vedere faptul că indicarea unor simple valori ca reprezentând „valoarea executată din aceste două contrate" nu echivalează cu demonstrarea experienței similare, astfel cum a fost stabilită prin fișa de date a achiziției fără a depune în susținerea lor, într-un DUAE revizuit, datele/numerele/ elementele de identificare ale documentelor probante.

Din verificarea justificării transmisă de ofertant, Consiliul va reține că SC ..... SRL s-a limitat, în răspunsul său nr. 36/29.03....., la susțineri generice de forma „Valoarea executată din aceste două contrate până în prezent este: - Comuna Criciova, Jud. Timiș -1.334.002 iei (TVA inclus); - Comuna Capusu Mare, Jud. Cluj - 877.861 lei (TVA inclus) (...) subscrisa poate demonstra lucrările executate prin proces verbal de recepție parțială/ situații de lucrări confirmate de către beneficiar etc. Aceste documente se vor depune așa cum s-a prevăzut în fișa de date, în momentul solicitării autorității contractante, de către beneficiarul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar", fără să transmită comisiei de evaluare care sunt documentele doveditoare, din care să rezulte experiența sa similară, sub sancțiunea prevăzută la art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia „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".

Consiliul nu va lua în considerare situația de lucrări executate în luna mai 2016 fără număr de înregistrare și dată, situația lucrărilor executate în 9 septembrie 2016, situația lucrărilor executate în decont 3 - noiembrie 2016 nr. 7111/12.12..... (toate aferente contractului „Rețea canalizare menajera în loc. Agarbiciu, comuna Capusu Mare, jud. Cluj"), procesul verbal de constatare a stadiului fizic al lucrărilor nr. 781/09.03....., centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv aferent situației de plată de la data 09.03..... fără număr de înregistrare și centralizatorul investiției fără număr de înregistrare (aferente contractului „Canalizare menajeră și stație de epurare în comuna Criciova, Jud Timiș") deoarece informațiile referitoare la aceste înscrisuri nu au fost transmise comisiei de evaluare în vederea exercitării atribuțiilor sale exclusive prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, ci Consiliului, în anexa contestației formulată tocmai ca urmare a netransmiterii acestor informații.

Consiliul nu va lua în considerare nici susținerile contestatorului potrivit cărora „autoritatea contractantă are obligația și nu dreptul de a solicita clarificări de la ofertant, mai ales în împrejurări în care clarificarea unei oferte este atât practic posibilă cât și necesară" deoarece, astfel cum a fost reținut anterior în motivarea aferentă prezentei, COMUNA CICLOVA a solicitat deja clarificări la care SC ..... SRL a transmis un răspuns neconcludent iar repetarea solicitării de clarificări ar constitui un avantaj evident în favoarea contestatorului, cu

încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia din ofertă inacceptabilă în ofertă admisibilă.

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, conform cărora *„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"* și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Referitor la criticile contestatorului, potrivit cărora *„terțul susținător SC ....SRL a declarat în DUAE că se află în insolvență (...) autoritatea contractantă a decis să excludă în mod automat ofertantul din procedură, fără să clarifice în prealabil dacă terțul susținător al capacității tehnice și/sau profesionale are capacitatea reală de a oferi susținerea respectivă ofertantului"*, Consiliul va reține următoarele:

- Potrivit art. 183 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167"*;
- potrivit art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, *„autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații (...) b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității"*;
- potrivit art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, *„prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă* ***nu exclude*** *din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență* ***atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-***

cadru**. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie **este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță";

- în partea III Motive de excludere din DUAE, terțul SC ....SRL a declarat următoarele: *„Operatorul economic este în situație de insolvență sau de lichidare? Da; Vă rugăm să le descrieți: SC ....SRL – reorganizare; Precizați motivele pentru care veți putea fi, totuși, în măsură executați contractul (...): SC ....SRL a intrat în procedura de reorganizare în mai 2014 datorita faptului că nu a încasat lucrările executate. În cele din urmă planul de reorganizare este respectat, plățile către furnizori se fac conform planului de reorganizare iar în cel mai scurt timp posibil societatea va ieși din reorganizare*";
- autoritatea contractantă a cerut clarificări contestatorului, prin adresa nr. 462/27.03....., referitor la declarația terțului SC ....SRL, din cuprinsul DUAE, potrivit căruia acesta este în reorganizare;
- prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificări nr. 36/29.03....., contestatorul s-a limitat la a reitera declarațiile din DUAE, transmițând autorității contractante doar simple afirmații nedovedite de forma „Referitor la mențiunea că SC ....SRL declară că este în reorganizare nu împiedică să participe la achiziții publice deoarece procesul de reorganizare este diferit de procedura insolvenței sau lichidare, supraveghere judiciară sau încetarea activității așa cum prevede art. 167 (1). Procedura de reorganizare este ultima etapă înainte de reluarea activității în mod normal, situație în care SC ....SRL este foarte aproape deoarece și-a respectat planul de reorganizare și toate angajamentele de plată până la această dată", fără a transmite comisiei de evaluare informații/ documente concrete, din care să rezulte atât faptul că este în cadrul fazei de reorganizare judiciară cât și faptul că respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

Necesitatea de a dovedi încadrarea în situația de excepție prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 rezultă și din prevederile art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„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 ***<u>în orice moment</u>*** *la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților*".

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a reținut în mod corect față de oferta contestatorului prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece acesta nu a transmis autorității contractante informații și/sau documente prin care să demonstreze că îndeplinește simultan/cumulativ cele două condiții prevăzute la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (respectiv faptul că este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și faptul că respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță), astfel încât autoritatea contractantă să poată uza de dreptul de a nu respinge, pe cale de excepție de la regula generală prevăzută la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, oferta acestuia.

Referitor la criticile contestatorului, potrivit cărora „*autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări și completarea documentelor iar, ulterior, dacă nu era demonstrată capacitatea reală a acestuia de a asigura resursele tehnice și profesionale în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, înlocuirea terțului susținător*", Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 113 alin. (11) lit. c) din Legea nr. 98/2016: în cazul procedurii simplificate, „*dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind: (...) c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b)*";
- art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016: „*În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c)*".

Ori, întrucât SC ..... SRL nu a demonstrat că el însuși îndeplinește cel puțin 50% din experiența similară solicitată (răspunsul său nr. 36/29.03..... fiind neconcludent), Consiliul va reține că eventuala înlocuire a terțului SC ....SRL ar fi lipsită de finalitate, acesta neputând susține întreaga experiență similară solicitată în cadrul procedurii simplificate.

Față de aceste aspecte această critică urmează că fie respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei sale, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza

motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei SC ..... SRL.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4(patru) exemplare originale, conține 17(șaptesprezece) pagini.