CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. P0196/01.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 4654/02.02.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SRL, formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „pachet «Upgrade cluster de virtualizare» pentru Primăria Municipiului ...”, organizată de către MUNICIPIUL ... în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ... s-a solicitat:
- anularea comunicării nr. SC2018-502/09.01.2017,
- continuarea procedurii de atribuire prin evaluarea ofertei depusă de Asociere.

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

Prin contestaţia nr. P0196/01.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 4654/02.02.2018, SC ... SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante conform căreia oferta depusă de Asociere este respinsă fiind considerată inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) şi k) din HG nr. 395/2016, deşi aceasta a încărcat în SEAP pentru toţi membrii asocierii toate documentele solicitate în mod expres la cap. IV.4.3) din fişa de date a achiziţiei, cu semnătură electronică, astfel încât ofertantul a intenţionat să respecte întocmai cele solicitate de autoritatea contractantă.

Contestatoarea menţionează că din comunicarea SC2018-502/09.01.2018, nu rezultă care ar fi acele criterii de calificare neîndeplinite de Asociere, respectiv care ar fi neconformităţile în raport cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, reţinându-se doar faptul că

nu a fost depus DUAE „odată cu oferta” pentru subcontractantul SC ... SRL.

De altfel, contestatoarea susţine că oferta sa este completă în sensul art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, cuprinzând ambele componente, atât propunerea financiară, cât şi propunerea tehnică fiind depuse şi încarcate în SEAP. Astfel, nefiind incidente prevederilor art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016.

Practic, autoritatea contractantă, în această fază a procedurii, a dorit sau ar fi trebuit să dorească să se asigure cu privire la îndeplinirea de către Asociere a tuturor criteriilor de calificare stabilite prin documentaţia de atribuire. Pentru că subcontractantul indicat de către ... SRL prin DUAE este un subcontractant pe ale căror capacităţi operatorul economic ... SA ar urma să nu se bazeze, conform legislaţiei în vigoare, autorităţii contractante i-ar fi fost suficientă confirmarea faptului că subcontractantul ... SRL nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 60, 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016. Mai mult, prin formularul DUAE, punctul C, nr. 10), ... SA precizează că, "eventual", ar putea intenţiona să subcontracteze o parte din contract, acest aspect vizând, evident, o viitoare situaţie posibilă, însă incertă la momentul depunerii ofertei Asocierii.

Contestatoarea învederează că la momentul depunerii ofertelor, din cauza unei omisiuni a Asocierii, autoritatea contractantă nu avea posibilitatea să verifice aspectele legate de situaţiile de excludere în ceea ce priveşte ... SRL, însă, aşa cum legislaţia achiziţiilor publice prevede, avea dreptul de a solicita completări ale documentelor prezentate iniţial de Asociere, însă autoritatea contractantă a ales să nu se folosească de acest drept, rezumându-se la a invoca incidenţa art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fără să precizeze şi fără să facă dovada avantajului evident creat în favoarea Asocierii, dacă ar fi acceptat completări ale documentelor prezentate de către aceasta.

Autoritatea contractantă a respins oferta Asocierii cu încălcarea prevederilor art. 134 din HG nr. 395/2016 şi cu încălcarea principiului proporţionalităţii, verificarea existenţei unei situaţii potenţial generatoare de conflict de interese respectiv a motivelor de excludere a subcontractantului ... SRL putând fi cu uşurinţă clarificată în baza documentelor aduse în completare de către Asociere. În baza acestei obligaţii legale, dar şi al rolului activ ce revine autorităţii contractante în procesul de evaluare, aceasta avea obligaţia să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectului în cauză şi nu să ia măsura total disproporţionată a respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Deşi legea sancţionează nedepunerea unor documente cu respingerea ofertei în cauză, legiuitorul nu a intenţionat ca această situaţie de respingere a ofertelor să devină un motiv pur formalist de respingere a ofertelor şi nici să încurajeze un comportament discreţionar şi abuziv al autorităţilor contractante. Altfel nu ar fi prevăzut în sarcina autorităţilor contractante obligaţia de a solicita clarificări pentru a lămuri toate aspectele ofertelor, înainte de a ajunge la sancţiunea drastică a respingerii.

Practica instanţelor de judecată este în sensul că „reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei şi la multitudinea de date pretinse de aceasta. Prin prisma interesului care trebuie satisfacut prin utilizarea fondurilor, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forţa evidenţei, fiind preferabilă unei soluţii de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare."

După cum s-a reţinut în jurisprudenţa comunitară în materia achiziţiilor publice, „[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligenţă atunci când se analizează conţinutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte şi circumstanţele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicaţie simplă şi este aparent uşor de rezolvat, în principiu, este contrară cerinţelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiţii riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituţiei în exercitarea acestei puteri. [...]".

În cazul de faţă, autoritatea contractantă a acţionat sub imperiul unui formalism exagerat şi a respins oferta pentru aspecte evident minore în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri total disproporţionate a autorităţii raportat la complexitatea contractului. Lipsa documentelor invocate avea o explicaţie simplă iar această lipsă putea fi uşor rezolvată dacă comisia de evaluare ar fi înţeles să-şi îndeplinească obligaţiile legale şi să admită corectarea acestei erori umane.

În final, contestatoarea conchide că autoritatea contractantă interpretează strict textual şi scolastic dispoziţiile legale în referire la documentele nedepuse, neţinând seama de scopul pentru care a solicitat înscrisurile în cauză, scop care, aşa cum a fost mai sus reţinut a fost atins de ofertant, asigurându-se astfel desfăşurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei precum şi punctul de vedere nr. SC2018/2678/07.02.2018, înregistrat la Consiliu sub 5653/12.02.2018, cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL în care solicită respingerea acesteia ca fiind nefondată.

La data de 15.11.2017, operatorul SC ...SRL, a transmis prin intermediul SEAP, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, notificarea prealabila cu nr. P0141/15.11.2017.

Autoritatea contractantă a comunicat operatorului SC .... SRL, prin adresa postată în SEAP cu nr. AP2017-289/17.11.2017, faptul că îşi menţine cerinţele solicitate în cadrul documentaţiei de atribuire publicată în SEAP, considerând că nu se impune adoptarea măsurilor de remediere, iar în data de 27.11.2017, a fost primită contestația formulată de SC ... SRL nr. P0145/27.11.2017.

Prin Decizia nr. ..., Consiliul *„(...) Admite contestaţia formulată de către SC ... SRL (...). Constată că cerinţele în referire la ISO 9001 şi ISO 27001 din cadrul caietului de sarcini sunt clauze nescrise, în temeiul art.*

30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 şi obligă ... ca în evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, autoritatea contractantă să nu se raporteze la cerinţele în referire la ISO 9001 şi ISO 27001 pentru considerentele reţinute in motivare.(...)".

În conformitate cu prevederile art. 65 din HG nr. 395/2016 comisia de evaluare a finalizat analiza formularului DUAE depus de către ofertanţii participanţi la procedură, fapte consemnate în PV 1 înregistrat cu nr. SC2018- 502/09.01.2018 şi PV 2 înregistrat cu nr. SC2018-402/09.01.2018 şi a comunicat fiecărui ofertant rezultatul etapei de evaluare DUAE, astfel:

Nr. crt.	Oferta depusă de:	Rezultat evaluare DUAE	Observaţii
1.	SC ETA2U SRL	Admis	Nu e cazul
2.	Asocierea ... SRL – lider SC ... SRL – asociat 1 – ... SA – asociat 2 şi SC ... SRL asociat 3	Respins	Oferta respinsă ca fiind inacceptabilă în condiţiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 şi în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) şi k) din HG nr. 395/2016.

În urma evaluării formularelor DUAE, comisia de evaluare a respins oferta depusă de asocierea SC ... SRL (lider) - SC ... SRL - SC ... SA - SC ... SRL, ca fiind inacceptabilă în condiţiile art. 215, alin.(4) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării, lipsind o componentă a acesteia, chiar dacă a fost informat despre această obligaţie în documentaţia de atribuire.

În documentaţia de atribuire, respectandu-se principiul transparenţei, în fişa de date a achiziţiei, la secţiunea III.2.1 .a) Situaţia personală a ofertantului - Modalitatea de îndeplinire, autoritatea contractantă a impus modalitatea de prezentare a ofertei şi riscurile netransmiterii acesteia în forma solicitată, respectiv: *"Sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă, fiecare operator economic participant la procedura de atribuire, (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terţ susţinător,după caz), va prezenta odată cu oferta atât DUAE completat cu informaţiile aferente situaţiei lor, cât şi declaraţia pe propria răspundere privind neîncadrarea în prevederile art.60 din Legea nr.98/2016. (...)"*

Comisia de evaluare a constatat că oferta nu este constituită astfel cum este aceasta definită la art. 3 alin. (1) litera hh) din Legea nr. 98/2016, respectiv „actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire".

Conform celor declarate în formularul DUAE, de către ... SRL - asociat, acesta a declarat că are ca subcontractant pe ... SRL.

Pentru subcontractantul nominalizat, nu s-a depus, odată cu oferta, DUAE completat, în conformitate cu cerinţa din fişa de date a achiziţiei, secţiunea III.2.1 .a) Situaţia personală a candidatului sau ofertantului. De asemenea, conform prevederilor art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016

"Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE în format electronic si numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare".

Având în vedere că operatorul economic a fost informat prin documentaţia de atribuire postată pe SEAP atât despre obligativitatea depunerii DUAE odată cu oferta, cât şi despre riscurile asumate, lipsa acestui document situează oferta sub incidenţa art. 137 alin. (2) litera b) şi k) din HG nr. 395/2016. În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă şi k) în cazul în care unei oferte îi lipseşte una din cele două componente, aşa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016.", fiind considerată inacceptabilă, astfel cum a fost menţionat şi în fişa de date a achiziţiei.

Comisia de evaluare nu avea dreptul de a solicita documentul omis, întrucât s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal, caz nepermis de legislaţia în domeniul achiziţiilor publice (temei art.209, alin. (2) din Legea 98/2016).

Având în vedere că lipsa DUAE pentru subcontractantul nominalizat nu reprezintă o inadvertenţă de formă, astfel cum e aceasta definită în notificarea ANAP nr. 245/01.09.2016, comisia de evaluare se află în imposibilitatea legală de a solicita clarificări/completări ale documentelor depuse în cadrul ofertei. Cele expuse mai sus sunt susţinute şi de practica CNSC.

Întrucât oferta a fost declarată inacceptabilă, comisia de evaluare consideră că nu se mai impune solicitarea de clarificări cu privire la următorul aspect: Din formularul DUAE depus de ... SA - asociat 2, rezultă că acesta intenţionează să subcontracteze „Servicii Microsoft în funcţie de cerinţe" fără a se menţiona partea (adică ... % ceea ce reprezintă ... lei fără TVA) din contract".

Comisia de evaluare a comunicat ofertantului SC ... SRL - lider, prin adresa SC2018- 502/09.01.20018, postată în SEAP la data de 10.01.2018 ora 16:08, rezultatul etapei de evaluare DUAE, în conformitate cu prevederile art. 65 din HG nr.395/2016.

La data de 12.01.2018, comisia de evaluare a justificat necesitatea de prelungire a perioadei de evaluare în Nota justificativă nr. SC2018-651/12.01.2018 şi, prin intermediul SEAP, conform prevederilor art. 214 din Legea nr. 98/2016, a adus la cunoştinţa operatorilor economici implicaţi în procedură, prelungirea perioadei de evaluare a ofertei.

În ceea ce priveşte contestaţia nr. P0196/01.02.2018, autoritatea contractantă menţionează că prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanţii şi-au însuşit documentaţia de atribuire fară rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripţiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu. Astfel cum un contract constituie legea părţilor, şi documentaţia de atribuire, însoţită de clarificările postate în SEAP, are aceeaşi valoare pentru părţi, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În conformitate cu prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terţ susţinător, în condiţiile prevăzute de prezenta lege.

De asemenea, conform prevederilor art. 193 alin. (3) din legea nr. 98/2016, în cazul în care operatorul economic intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţiile solicitate cu privire la subcontractanţi.

În acest sens, conform informaţiilor introduse în SEAP, SC ... SRL a participat la procedura de achiziţie într-o asociere formată din ...SRL (lider) - ... SRL - ... SA - ... SRL. În acelaşi timp, este de reţinut că prin DUAE propriu prezentat, ... SA, în calitate de partener asociat, a declarat la pagina 5, secţiunea "D: INFORMAŢII PRIVIND SUBCONTRACTANŢII PE ALE CĂROR CAPACITĂŢI OPERATORUL ECONOMIC NU SE BAZEAZĂ", un subcontractant, respectiv ... SRL, în cadrul aceluiaşi DUAE, la secţiunea "C: CAPACITATEA TEHNICĂ ŞI PROFESIONALĂ, pagina 10, ... SA a precizat că intenţionează să subcontracteze eventual următoarea parte (adică ... % ceea ce reprezintă lei fără TVA) din contract „Servicii Microsoft în funcţie de cerinţe".

În conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, în condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă;

k) în cazul în care unei oferte îi lipseşte una din cele două componente, aşa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Lege, respectiv: „(...) Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire"

De asemenea, potrivit prevederilor art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE în format electronic şi numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare”.

La respingerea ofertei, comisia de evaluare a avut în vedere următoarele considerente:

- Conform Notificării ANAP cu nr. 245/2016, privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică/sectoriale, autoritatea contractantă are obligaţia de a asigura „Informarea operatorilor economici, prin intermediul fişei de date a achiziţiei, în legătură cu obligativitatea depunerii DUAE odată cu oferta, sub sancţiunea respingerii acesteia din urmă ca inacceptabilă conform art. 137 alin (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă şi-a îndeplinit această obligaţie şi a informat operatorii economici prin fişa de date, secţiunea III.2.1.a) Situaţia personală a candidatului sau ofertantului, după cum urmează: Sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă, fiecare operator economic

participant la procedura de atribuire, (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terţ susţinător, după caz), va prezenta odată cu oferta atât DUAE completat cu informaţiile aferente situaţiei lor, cât şi declaraţia pe propria răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016;

- Documentele depuse în cadrul procedurii de achiziţie publică nu reprezintă o ofertă, astfel cum este aceasta definită la art 3 alin.(1), litera hh), din Legea 98/2016, respectiv, nefiind depus formularul DUAE completat cu informaţiile aferente subcontractantului ... SRL, privind neîncadrarea în situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167 din Legea 98/2016.

- Neprezentarea DUAE pentru subcontractantul nominalizat nu reprezintă o inadvertenţă de formă, astfel cum e aceasta definită în notificarea ANAP nr. 245/01.09.2016, astfel încât comisia de evaluare nu are posibilitatea legală de a solicita clarificări/completări ale documentelor depuse în cadrul ofertei.

- Comisia de evaluare nu avea dreptul de a solicita documentul omis, întrucât s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal şi s-ar fi creat un avantaj evident în favoarea contestatarului, deoarece acesta trebuia depus „numai până la data şi ora limită de depunere a ofertelor", caz nepermis de legislaţia în domeniul achiziţiilor publice.

- În procedurile de achiziţie publică, operatorii economici au dreptul de a include în ofertă unul, doi sau mai mulţi subcontractanţi dar şi responsabilitatea întocmirii ofertei în conformitate cu cerinţele impuse de autoritatea contractantă în documentaţia de atribuire.

Autoritatea contractantă învederează faptul că autoarea contestaţiei şi-a asumat responsabilitatea privind faptul că "(...) datorită unei omisiuni a Asocierii, autoritatea contractantă nu avea posibilitatea să verifice aspectele legate de situaţiile de excludere în ceea ce priveşte ... SRL (...)", omisiune care era imposibil de clarificat.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă îşi menţine decizia luată în cadrul procedurii cu privire la declararea ofertei depusă de asocierea SC ... SRL (lider) - SC ... SRL - SC ... SA - SC ... SRL ca fiind inacceptabilă, în condiţiile art. 215, alin. (4) din Legea 98/2016, întrucât nu îndeplinesc condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „pachet «Upgrade cluster de virtualizare» pentru Primăria Municipiului ...”. În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 1.529.832 lei.

Ca urmare a vizualizării ofertelor, a fost încheiat procesul-verbal nr. SC2017-31879/19.12.2018, potrivit căruia au fost încărcate în SEAP 2 oferte, una aparţinând asocierii SC ... SRL (lider) - SC ... SRL - SC ... SA - SC ... SRL.

Ca urmare a verificării formularelor DUAE, autoritatea contractantă, constatând că asocierea din care face parte contestatoarea SC .. SRL (lider), nu a depus DUAE pentru subcontractantul declarat SC ... SRL, a respins oferta acestei asocieri ca inacceptabilă, fapt ce a determinat depunerea prezentei contestații.

Verificând pe fond contestația, Consiliul observă că societatea contestatoare nu neagă situația de fapt expusă de autoritatea contractantă, ci se plânge de gravitatea sancțiunii, respectiv respingerea ofertei, considerând că nedepunerea DUAE este un viciu minor, mai cu seamă că este vorba de un subcontractant pe ale căror capacităţi operatorul economic ... SA **ar urma să nu se bazeze**, conform legislaţiei în vigoare, iar autorităţii contractante i-ar fi fost suficientă confirmarea faptului că subcontractantul ... SRL nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 60, 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016.

Verificând dispozițiile fișei de date a achiziției, Consiliul observă că acestea stabilesc indubitabil obligația prezentării DUAE la momentul depunerii ofertelor pentru ofertant, ofertant asociat, terț susținător și subcontractant. În acest sens, sunt relevante următoarele dispoziții din fișa de date a achiziției:

*-III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului. Municipiul Timișoara va exclude în orice moment al procedurii de atribuire a contractului de furnizare, montare si configurare pachet "Upgrade de cluster de virtualizare" (echipamente IT) pentru Primăria Municipiului Timișoara, orice operator economic care se află în una din situațiile prevăzute la art. 60, 164, 165 si 167 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice. Motivele de excludere vor fi aplicate și în cazul asociatilor/**subcontractanților/**terților sustinători, după caz. Modalitatea de indeplinire**: <u>Sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă</u>, fiecare operator economic participant la procedura de atribuire, (ofertant, ofertant asociat, <u>subcontractant</u>, terț sustinător, după caz), va prezenta odată cu oferta atât DUAE completat cu informațiile aferente situației lor, cât și declarația pe propria răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016".***

De altfel, chiar contestatoarea arată că era necesară confirmarea faptului că subcontractantul ... SRL nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 60, 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016, or potrivit fișei de date a achiziției, dovada îndeplinirii cerințelor referitoare la situația personală și neîncadrarea în criteriile de excludere se realizează, la momentul depunerii ofertelor, cu DUAE.

Totodată, Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 193 din Legea nr. 98/2016, ,,(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară ori privind capacitatea tehnică şi profesională invocând susţinerea unui terţ, DUAE include informaţiile menţionate la alin. (1) cu privire la terţul susţinător.

(3) În cazul în care operatorul economic intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, **DUAE include şi informaţiile solicitate cu privire la subcontractanţi''.**

Rezultă, astfel, din prevederea citată că indiferent dacă operatorul se bazează, în dovedirea cerințelor de calificare, pe capacitatea subcontractantului, din moment ce a decis să subcontracteze, deci să se bazeze pe capacitatea subcontractantului în etapa de execuție a contractului, atunci ofertantul trebuie să depună DUAE și pentru subcontractant

În același timp, potrivit art. 60 din HG nr. 395/2016 ,,(1) Operatorul economic **are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE în format electronic şi numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare''**. Rezultă din textul respectiv că transmiterea DUAE are loc la aceeași dată cu oferta, și nu mai târziu, așa cum s-a întâmplat în speța supusă soluționării.

Consiliul mai reține incidența în speță a următoarelor dispoziții legale:

- Art. 137 din HG nr. 395/2016 ,,(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

(2) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire **sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă''.**

Astfel cum este construit sistemul actual de achiziții publice, DUAE se încarcă în SEAP până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare. Prin urmare, culpa nedepunerii DUAE pentru subcontractant aparține, în mod exclusiv, ofertantului contestator, iar autoritatea contractantă a aplicat în mod corect dispozițiile incidente, respingându-l pe acest motiv.

Întrucât inițial se evaluează doar informațiile stabilite în DUAE, documentele doveditoare fiind depuse doar de ofertantul câștigător, este evident că în lipsa DUAE, nu se face dovada îndeplinirii cerințelor referitoare la capacitatea personală și neîncadrarea în criteriile de excludere pentru respectivul subcontractant. În același timp, nu poate fi considerată o eroare formală necompletarea DUAE cu informațiile solicitate în fișa de date, întrucât tocmai acesta este este scopul DUAE, după cum este acesta definit la art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, ,, DUAE - documentul unic de achiziţii european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declaraţia pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie''.

De altfel, și Notificare privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică/sectoriale emisă de ANAP arată diferențele dintre inadvertenţe 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 şi indavertenţele de fond, care nu pot fi clarificate:

,,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 ataşat ofertei/candidaturii În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice şi ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, ***autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existenţa unor neconcordanţe între informaţiile prezentate în cadrul DUAE****.*

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanţi/candidaţi, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, ***în condiţiile în care informaţiile sunt susţinute de alte precizări existente la nivelul aceluiaşi DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terţ susţinător/asociat****.*

Raportat la dispoziţiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, "comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi 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 funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte […]".

Situaţiile 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, obligă la transmiterea de către ofertanţi/candidaţi, a unui DUAE revizuit. În lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă. Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispoziţiile 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 apariţia 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 îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei".

Situaţiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informaţii completate de către ofertanţi/candidaţi care nu confirmă îndeplinirea cerinţelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fişa de date a achiziției".

Netransmiterea formularului DUAE atât pentru ofertant, cât și pentru subcontractant, se încadrează, în mod indubitabil, în categoria inadvertențelor de fond, fiind neîntemeiată contestația cu privire la acest aspect.

În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de apel Constanța, prin Decizia nr. 108/2017, în dosarul nr. 241/36/2017, într-o speță similară, reținând următoarele: ,,*Curtea are în vedere că noul document DUAE,*

introdus în materia achizițiilor publice, poate crea operatorilor economici anumite dificultăți de operare, dar, cu toate acestea, ***dispozițiile legale sunt ferme/imperative, în sensul eliminării ofertantului care nu a depus DUAE, la data și ora - limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă****.*

Prin urmare, culpa necompletării corespunzătoare a DUAE aparține, în mod exclusiv, ofertantului câștigător, iar autoritatea contractantă trebuia să aplice dispozițiile incidente și să îl respingă pe ofertant, așa după cum legal și temeinic a reținut CNSC în decizia pronunțată.

Că situația juridică aplicabilă este aceasta, reține Curtea, a mai rezulta și din faptul că, inițial, se evaluează doar informațiile stabilite în DUAE, documentele doveditoare ce sunt depuse de ofertantul câștigător și menționate în DUAE, ce trebuie completat corespunzător, aceasta făcând dovada conform legii a îndeplinirii cerințelor de calificare.

În același timp, Curtea reține a nu putea fi considerată o "eroare formală" necompletarea DUAE cu informațiile solicitate în fișa de date la criteriile de calificare, întrucât tocmai acesta este scopul DUAE, astfel cum este definit prin art.3 alin. 1 lit.s din Legea nr.98/2016, ce prevede:

"Alin.1 – În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos, au următoarele semnificații:

.....

lit.s – DUAE – 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 de selecție;..."

Chiar și exemplificarea făcută de CNSC, privind "eroare formală", prin menționarea greșită a adresei operatorului economic în DUAE, este apreciată de Curte ca fiind temeinică pentru că, a fi o eroare formală presupune în accepțiunea instanței, aspecte ce sunt omisive și fără importanță, sau existente și fără importanță, în speță, nediscutându-se despre o eventuală nemenționare a terțului susținător în formularul DUAE al ofertantului câștigător, ci, despre nedepunerea unui DUAE al terțului susținător, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, fapt ce nu se încadrează într-o situație identică, pentru că, depunerea pentru prima dată a DUAE, nu înseamnă un DUAE revizuit, cum greșit a considerat autoritatea contractantă, concluzie ce se desprinde prin raportare la situația relevată de părți, coroborată cu cea din documentele depuse la dosar și care, constituie probe în sensul art. 249 NCPC, nu se încadrează în categoria erorilor formale.

De altfel, potrivit art. 209 din Legea nr.98/2016:

"Alin.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.

Alin. 2 – Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determină apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."

Coroborând acest text de lege, cu dispozițiile cuprinse în art. 134 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016, Curtea apreciază că, autoritatea contractantă are numai dreptul de a solicita clarificări și completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în DUAE și numai în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE-lui depus de subcontractant/terț susținător/asociat, devenind aplicabile dispozițiile cuprinse în art.140 alin.4 din HG nr.394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului – cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care prevăd:

"Alin. 4 – În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta, în cadrul ofertei sau solicitării de participare, 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".

În aceste condiții, Curtea mai are în vedere și dispozițiile cuprinse în art. 215 alin. 4 din Legea 98/2016, potrivit 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", situație de fapt ce conduce expres la concluzia necesității respingerii ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE, atunci când vizează inadvertențe de fond.

În atare situație, apreciază Curtea că, netransmiterea formularului DUAE, atât pentru ofertant, cât și pentru terțul susținător, se încadrează în mod indubitabil în categoria inadvertențelor de fond, care au determinat admiterea legală și temeinică a contestației de CNSC, iar în ceea ce privește lipsurile invocate de contestatoare, în legătură cu propunerea financiară depusă de ofertanta câștigătoare și ulterior, neanalizată, la rândul său instanța de control apreciază că, din moment ce participarea acestei oferte în procedură, trebuia să se oprească la etapa evaluării DUAE, nu mai era necesar să se ajungă la analiza etapei financiare".

Decizia citată nu este una singulară, aceasta fiind practica instanțelor, constantă de la apariția pachetului legislativ care a introdus formularul DUAE, lipsa lui pentru oricare participant, respectiv ofertant, ofertant asociat, terț susținător sau subcontractant, fiind sancționată, în temeiul art. 137 din HG nr. 395/2016, cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL, lider al Asocierii SC ...SRL-SC ... SA-SC ... SRL-SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SRL, lider al Asocierii SC ... SRL-SC ... SA-SC ... SRL-SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 13 (treisprezece) pagini.