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, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., formulată împotriva adresei nr. JAC 412/15.06....., emisă de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație restrânsă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Lucrări pentru reabilitarea termică a imobilelor incluse în Programul local multianual de creștere a performanței energetice a blocurilor de locuințe din ..... al Municipiului ..... – etapa .....-2021”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului anularea clarificării nr. JAC 412/15.06..... și a tuturor actelor subsecvente, și suspendarea procedurii până la soluționarea prezentei.

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă adresa nr. JAC 412/15.06....., emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, prin care aceasta din urmă a exemplificat modul în care trebuie îndeplinite cerințele de calificare privind capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională de către membrii unei asocieri, menționând, totodată, că toate clarificările publicate anterior pe acest subiect nu vor mai fi luate în considerare.

Potrivit acestei clarificări, autoritatea contractantă impune ca fiecare membru al asocierii să îndeplinească cerințele proporțional cu cota de implicare în acordul de asociere.

Acest document nu are niciun temei legal, întrucât niciunde în legislația privind achizițiile publice nu se regăsește obligativitatea ca cerințele minime de calificare să fie proporționale cu procentele pe care membrii unei asocieri le stabilesc prin acordul de asociere.

Mai mult, autoritatea contractantă a publicat această clarificare fără să justifice și temeiul legal în baza căruia aceste exemplificări sunt permise, legale și nu afectează principiile achizițiilor publice.

În acest context, contestatoarea apreciază că este încălcat principiul tratamentului egal, fiind îngrădită participarea societăților care sunt interesate de această procedură, dar care nu dețin, individual, până în prezent cifre de afaceri/contracte de experiență similară, care să le permită participarea pe cont propriu, dar care în cadrul unei asocieri, prin cumul, întrunesc cerințele minime de calificare.

Pe de altă parte, precizează contestatoarea, această proporționalitate, în cazul în care se solicită, trebuie să fie justificată în mod obiectiv și prin raportare la obiectul contractului.

În opinia contestatoarei, referințele la proporționalitate regăsite la art. 54 din Legea nr. 98/2016 nu ar putea să justifice argumentarea prezentată de autoritatea contractantă în clarificarea atacată, întrucât acesta face referire la tipul de activitate pe care fiecare membru al asocierii o desfășoară. Chiar dacă autoritatea contractantă și-ar justifica modul de înțelegere cu privire la îndeplinirea cerințelor minime de către membrii unei asocieri prin referire la acest articol, nu există justificarea obiectivă a necesității impunerii acestei limitări a operatorilor interesați să depună candidatura.

În plus, în cazul în care, la prezenta procedură, depune ofertă o asociere care întrunește atât individual, cât și cumulat, cerințele privind media cifrei de afaceri și experiența similară, dar care subcontractează 90% din viitorul contract către o societate care nu are nici cifra de afaceri, nici experiența similară, atunci această cerință de proporționalitate nu se mai justifică, nu este obiectivă și nu aduce niciun beneficiu autorității contractante, deoarece operatorul economic care va executa efectiv lucrările nu deține nici cifra de afaceri și nici experiența similară, dar acest lucru nu înseamnă că nu va executa lucrările la nivelul calitativ solicitat prin documentația de atribuire.

Totodată, raportându-se la condiția impusă prin fișa de date a achiziției privind experiența similară pentru lotul 1, contestatoarea reclamă faptul că această clarificare (nr. JAC 412/15.06.....) este abuzivă și nelegală, întrucât nu se poate solicita prezentarea experienței similare la nivelul unui singur contract, îndeplinit și la nivelul unei asocieri, proporțional cu procentele fiecărui asociat.

Mai mult, susține contestatoarea, prin clarificarea publicată în data de 15.06....., autoritatea contractantă a modificat cerințele de calificare stabilite inițial prin documentația de atribuire, eliminând punctul 4 din fișa de date a achiziției privind susținerea unui/unor

terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că modificarea, din oficiu, a cerințelor de calificare conduce la anularea procedurii de atribuire în dispută.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, precum și pe cele ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 491/07.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 27587/07.07....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei ca nefondată.

Raportându-se la criticile formulate de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că a menționat, în cadrul fișei de date a achiziției (cap. III.2.1.a), informații privind asocierea, respectiv „Fiecare dintre membru asocierii trebuie să demonstreze îndeplinirea cerințelor de calificare privind capacitatea economică și financiară și privind capacitatea tehnică proporțional cu cota de implicare în viitorul acord-cadru”, fapt recunoscut chiar și de către contestatoare.

În fapt, susține autoritatea contractantă, prin comunicarea atacată nu a impus o nouă cerință, cum în mod eronat apreciază contestatoarea, ci doar a furnizat informații suplimentare privind modul în care o asociere de operatori economici poate îndeplini o cerință deja conținută în fișa de date a achiziției/anunțul de participare.

De altfel, prin răspunsurile la solicitările de clarificări nr. JAC 378/09.06..... (răspuns la solicitarea de clarificări 26, întrebarea 2) și nr. JAC 386/13.06..... (răspuns la solicitarea de clarificări 31, întrebarea 1), autoritatea contractantă a informat operatorii economici participanți la procedură asupra temeiului legal al cerinței, respectiv dispozițiile art. 31 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, în cuprinsul răspunsului la notificarea prealabilă, a indicat și dispozițiile art. 29 alin. (1) din hotărâre, precizând că, prin cerințele formulate, achizitorul a dorit să se asigure, în condițiile legii, că obligațiile asumate de fiecare asociat la nivel declarativ, în acordul de asociere, sunt susținute de propriul potențial/propria capacitate economică, tehnică și organizatorică.

În plus, concordant cu dispozițiile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, nu pot fi excluse exemplificările sau orice altă modalitate care ar putea conduce la îndeplinirea obligației autorității contractante, prin urmare *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

De altfel, în legislația terțiară (Instrucțiunile nr. 1/..... și nr. 2/....., emise de ANAP), legiuitorul însuși apelează la exemplificări pentru a furniza informații clare și fără echivoc în legătură cu aspectele reglementate, astfel încât toate persoanele interesate de procesul achizițiilor publice să înțeleagă cât mai corect sensul legii și modul de punere în aplicare a acesteia.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că, în cuprinsul mai multor comunicări publicate în SEAP la secțiunea *Documentație, clarificări, decizii* a furnizat clarificări/informații suplimentare în legătură cu îndeplinirea prin cumul a cerințelor de calificare în cazul unei asocieri de operatori economici, respectiv:

(i) comunicarea nr. JAC 346/29.05..... (Răspuns la solicitarea de clarificări 6, întrebarea nr. 3);

(ii) comunicarea nr. JAC 353/31.05..... (Răspuns la solicitarea de clarificări 10, întrebările nr. 1 şi 2);

(iii) comunicarea nr. JAC 378/09.06..... (Răspuns la solicitarea de clarificări 26, întrebarea nr. 3).

De asemenea, autoritatea contractantă a indicat în mod explicit faptul că o asociere de operatori economici are dreptul de a beneficia de susținerea unui terț/unor terți, prin:

- comunicarea nr. JAC 407/16.06..... - Răspuns la solicitarea de clarificări 42;

- comunicarea nr. JAC 424/22.06..... - Răspuns la solicitarea de clarificări 50.

Privitor la posibilitatea subcontractării, indiferent de cota în care un contractant decide să subcontracteze, această acțiune „nu diminuează răspunderea contractantului în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică/acord-cadru”, astfel cum este prevăzut la art. 218 alin. (6) din lege. Drept urmare, contractanții sunt cei care ar trebui să acorde o mai mare importanță capacității tehnice și economice a subcontractanților aleși, pentru că orice neîndeplinire culpabilă a obligațiilor contractuale va determina autoritatea contractantă să aplice clauza penală și, după caz, cea de reziliere persoanei cu care a încheiat contractul - respectiv contractantului.

În continuare, autoritatea contractantă arată, contrar celor afirmate de contestatoare, că nu a solicitat prezentarea unui singur contract de experiență similară.

Presupunând, totuși, că vreuna dintre comunicările autorității contractante ar fi condus la modificarea informațiilor inițiale conținute în anunțul de participare (cum este și cazul cerințelor de calificare), această comunicare nu ar fi produs efecte decât dacă autoritatea contractantă ar fi publicat, potrivit dispozițiilor art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, un anunț de tip erată, care să conțină modificările respective.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă apreciază că stabilirea cerințelor de calificare, precum și explicitarea acestora în comunicările publicate, fără excepție, în SEAP, au fost efectuate cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice

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

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Lucrări pentru reabilitarea termică a imobilelor incluse în Programul local multianual de creștere a performanței energetice a blocurilor de locuințe din ..... al Municipiului ..... – etapa .....-2021”, ..., în calitate de

autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație restrânsă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva clarificării nr. JAC 412, publicată în SEAP la 15.06....., SC ..... SRL a înaintat Consiliului prezenta contestație (după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea ei și a tuturor actelor subsecvente.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, Consiliul a respins-o, ca nefondată prin încheierea nr. 350/...../..... din 05.07.....

În speță, Consiliul constată că autoarea contestației atacă adresa nr. JAC 412/15.06....., publicată în SEAP de către autoritatea contractantă, ce conține: Clarificări în legătură cu documentația de atribuire (...) explică modul în care membrii asocierii pot demonstra îndeplinirea cerințelor de calificare privind capacitatea economică și financiară și privind capacitatea tehnică proporțional cu cota de implicare în viitorul acord –cadru. În cuprinsul acesteia, autoritatea contractantă exemplifică, presupunând că o asociere formată din 3 operatori economici (notați OE1, OE2 ȘI OE3) dorește să depună solicitare de participare la lotul 1. Conform acordului de asociere, cotele de implicare ale celor 3 asociați în viitorul acord-cadru sunt: OE1=20,00%, OE2=30,00%, OE3=50,00%.

(...)

Prin raportare la nivelul minim al cerinței și la cota de participare în asociere, media cifrei de afaceri anuale (globală) din ultimele trei exerciții financiare încheiate pentru fiecare dintre asociați trebuie să fie de cel puțin:

OE1 (...) = 5.000.000 lei

OE2 (...) = 7.500.000 lei

OE3 (...) = 12.500.000 lei

(...)

Prin raportare la nivelul minim al cerinței și la cota de participare în asociere, valoarea experienței similare (...) pentru fiecare dintre asociați trebuie să fie de cel puțin:

OE1 (...) = 2.400.000 lei

OE2 (...) = 3.600.000 lei

OE3 (...) = 6.000.000 lei

(...)

Candidații trebuie să dispună de schela de fațadă cu o suprafață de cel puțin 16.700 mp.

Situația A: Toți membrii asocierii desfășoară aceleași tipuri de activități care necesită utilizarea de schelă de fațadă

Prin raportare la nivelul minim al cerinței și la cota de participare în asociere, cantitatea de schelă de fațadă (...) care va fi asigurată de fiecare dintre asociați trebuie să fie de cel puțin:

OE1 (...) = 3.340 mp

OE2 (...) = 5.010 mp
OE3 (...) = 8.350 mp (...).

Conform prevederilor din fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională – Informații privind asocierea – 3) Fiecare din membrii asocierii trebuie să demonstreze îndeplinirea cerințelor de calificare privind capacitatea economică și financiară și privind capacitatea tehnică proporțional cu cota de implicare în viitorul acord – cadru;*

4) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț/unor terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională.

În speță Consiliul consideră ca relevante următoarele prevederi legale :

Art. 54 din Legea nr. 98/2016, care prevede:

- alin. (3) - Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire, atunci când este necesar şi justificat din motive obiective, modul în care operatorii economici urmează să îndeplinească cerințele referitoare la capacitatea economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi profesională în cazul participării în comun la procedura de atribuire, cu respectarea principiului proporționalității.

- alin. (5) - Prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi se stabilesc prevederi sau cerințe standard în legătură cu modalitățile de îndeplinire de către operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire a cerințelor referitoare la capacitatea economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi profesională.

Art. 31 din HG nr. 395/2016 care prevede: *alin. (3) - În aplicarea prevederilor art. 54 alin. (5) din Lege, autoritatea contractantă are dreptul de a impune prin documentația de atribuire ca, în cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.*

Astfel, Consiliul constată că potrivit acestor prevederi, autoritatea contractantă avea dreptul de a solicita îndeplinirea cerințelor de calificare privind capacitatea economică și financiară și privind capacitatea tehnică proporțional cu cota de implicare în viitorul acord – cadru, așa cum a menționat în fișa de date a achiziției, exemplificarea făcută de aceasta prin adresa nr. JAC 412/15.06....., fiind în concordanță cu respectivele prevederi legale anterior menționate. Mai mult, Consiliul constată că la data depunerii ofertelor: pentru lotul 1 s-au depus 16 solicitări de participare; pentru lotul 2 s-au depus 16 solicitări de participare; pentru lotul 3 s-au depus 15 solicitări de participare; pentru lotul 4 s-au depus 15 solicitări de participare; pentru lotul 6 s-au depus 14 solicitări de participare, ceea ce demonstrează odată în plus că respectivele cerințe de calificare nu au fost restrictive, nefiind astfel

îngrădită participarea societăților care sunt interesate de această procedură.

Astfel, chiar și în condițiile în care un asociat nu ar fi îndeplinit respectivele cerințe în nume propriu ar fi avut posibilitatea apelării la un terț susținător pentru îndeplinirea acestor cerințe, așa cum este menționat la punctul 4) antemenționat din fișa de date a achiziției.

Referitor la susținerea contestatoarei vizând nelegalitatea cerinței de prezentare a experienței similare la nivelul unui singur contract, Consiliul constată că sunt neîntemeiate.

Astfel, potrivit fișei de date a achiziției autoritatea contractantă a menționat: *Cerința 1 –Candidatul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani a executat lucrări similare celor ce fac obiectul viitorului contract în valoare cumulată fără TVA de cel puțin: (...) Modalitate de îndeplinire: 1. (...) La nivelul DUAE vor fi precizate următoarele informații: numărul și data contractului invocat drept experiență similară (...).*

Din conținutul acestei cerințe, așa cum a fost menționată în documentația de atribuire, nu rezultă că dovada experienței similare se solicită prin prezentarea unui singur contract, așa cum susține contestatoarea, și de altfel, autoritatea contractantă a arătat în punctul de vedere la contestație, că nu a solicitat o astfel de cerință.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă contestația depusă de SC ..... SRL, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

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

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

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