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. 14 alin. (2) 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 contestațiile nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ..... și nr. ..... din ....., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., respectiv sub nr. ..... din ....., înaintate de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ....., lider al Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL, formulate împotriva rezultatului emis ulterior etapei verificării DUAE, aferent loturilor 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 și 11, de către ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ”..... SA”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului:

- ”anularea adreselor nr. 36360, nr. 36363, nr. 36364, nr. 36369, nr. 36370, nr. 36372, nr. 36374 și nr. 36375 din 06.04..... prin care oferta noastră este declarată inacceptabilă (comunicării privind rezultatul fazei de verificare - DUAE) și a răspunsului ..... SA la notificările noastre prealabile pentru fiecare lot pentru care am depus oferte;
- obligarea entității contractante să accepte subcontractantului ...., alte mijloace de probă adecvate care atestă faptul că serviciile prestate de acesta îndeplinesc condițiile de executare a contractului, conform art. 11 lit. a) din Ordinul nr. 631/2015 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor

pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor;

- obligarea entității contractante să reia evaluarea ofertelor depuse, dinainte de faza de verificare DUAE".

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

Prin contestațiile nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ..... și nr. ..... din ....., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., respectiv sub nr. ..... din ....., SC ..... SRL atacă rezultatul emis ulterior etapei verificării DUAE, aferent loturilor 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 și 11, de către ..... SA, în calitate de entitate contractantă în procedura de atribuire arătată, considerând nelegală decizia acesteia de a-i declara inacceptabilă oferta depusă pentru loturile mai sus indicate.

În fapt, contestatoarea arată că a propus, în ofertă, doi subcontractanți. Astfel, SC ..... SRL deține atestatul nr. 21/11.06.2014, emis de MMSC, conform prevederilor art. 11 lit. d) din Ordinul nr. 631/2015, iar ....L are experiență în elaborarea studiilor hidraulice, echivalentă dispozițiilor art. 11 lit. a) din ordin, conform obiectului său de activitate înregistrat la Registrul Comerțului din provincia Gipuzkoa, Spania.

De altfel, contestatoarea precizează că, în Spania, nu se solicită atestat pentru dovedirea capacității de exercitare a activității profesionale, așa cum prevede cerința 2 din cap. III.2.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale,* din fișa de date a achiziției, ci doar să aibă în obiectul de activitate această activitate (întocmirea studiilor hidrologice) și să o dovedească cu experiență similară.

La solicitarea de clarificări înaintată de entitatea contractantă după verificarea DUAE, contestatoarea precizează că a propus un alt subcontractant (pe SC .....SA), propunere ce a fost respinsă.

În opinia contestatoarei, decizia entității contractante a încălcat dispozițiile art. 170 din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora avea obligația să accepte și alte mijloace de probă adecvate cerinței 2 din cap. III.2.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, în măsura în care astfel de mijloace de probă atestă faptul că serviciile prestate îndeplinesc cerințele sau condițiile de executare a contractului.

Or, o atare conduită ar fi fost în concordanță și cu dispozițiile art. 191 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, experiența deținută de subcontractantul ..... demonstrează posibilitatea concretă de a îndeplini contractul, așa cum prevăd și dispozițiile art. 35 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Pe de altă parte, precizând că a depus ofertă pentru opt din loturile aferente contractului, contestatoarea susține că, prin respingerea ofertei sale, entitatea contractantă a creat condiții artificiale de restrângere a concurenței, contrar prevederilor art. 63 din lege.

Considerând că entitatea contractantă a încălcat și dispozițiile art. 62 din Legea nr. 99/2016, contestatoarea solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 47493.1/15.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 18782/15.05....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la cele opt contestații înaintate de SC ..... SRL, solicitând respingerea lor, ca neîntemeiate.

În fapt, entitatea contractantă arată că SC ..... SRL a depus ofertă pentru loturile 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 și 11, în asociere cu SC ..... SRL, având subcontractanți pe .... (pentru modelarea hidrodinamică) și SC ..... SRL (pentru verificarea datelor hidrologice).

http://www.mmediu.ro/În conformitate cu dispozițiile art. 72 alin. (1) și art. 138 alin. (1) din HG nr. 394/2016, în faza de analiză și evaluare a formularelor DUAE, comisia de evaluare, văzând că niciunul dintre cei doi asociați semnatari ai ofertei comune nu este pe Lista persoanelor juridice atestate conform Ordinului MMAP nr. 631/2015 (așa cum stabilește Cerința 2 a cap. III.2.1.b Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției), listă publicată pe site-ul http://www.mmediu.ro/beta/ domenii/managementul-apelor-2/amenajarea-bazinelor-hidrografice/ atestare/, uzând de prevederile art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, a solicitat liderului asocierii contestatoare clarificări, sub acest aspect (adresa nr. 35335/04.04.....).

Drept răspuns, contestatoarea a reiterat că ..... este subcontractantul cu o vastă experiență în modelarea hidrologica a râurilor din Spania, țară în care nu există nicio autorizație care să permită sau să restricționeze proiectarea unor astfel de lucrări, respectiv atestate în domeniul întocmirii studiilor hidrologice.

În plus, invocând prevederile art. 187 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea precizează că, în cazul în care ..... nu îndeplinește cerințele privind capacitatea tehnică și profesională, a propus un alt subcontractant (SC ..... SA) ce deține autorizația solicitată de entitatea contractantă.

În acest context, entitatea contractantă consideră că niciunul dintre operatorii economici ai asocierii contestatoare nu îndeplinește cerința referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, cu referire directă la lipsa atestării pentru întocmirea studiilor hidrologice în conformitate cu cap. III din Ordinul MMAP nr. 631/2015.

Drept urmare, entitatea contractantă arată că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă.

Contrar opiniei contestatoarei, entitatea contractantă apreciază că, având în vedere dispozițiile art. 2 din Ordinul nr. 631/2015, potrivit cărora, *atestarea instituțiilor publice sau private are drept scop verificarea capacității tehnico-economice a acestora de a îndeplini cerințele tehnice și de calitate în conformitate cu prevederile legale în vigoare*, nu pot fi aplicabile, în speță, dispozițiile art. 170 din Legea nr.

99/2016, demonstrarea/verificarea capacității tehnice de îndeplinire a cerințelor tehnice și de calitate a instituțiilor publice/private de a elabora studii hidrologice, hidrogeologice, de gospodărire a apelor și elaborare a documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, se poate îndeplini doar prin atestarea mai sus menționată.

Față de această stare de fapt, consacrată de norma legală specială (Ordinul MMAP nr. 631/2015), dispozițiile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016 sunt împlinite prin criteriul de calificare privind exercitarea profesiei, enunțat de cerința 2 de la cap. III.2.1.b din fișa de date a achiziției.

Astfel, condiția *sine-qua-non* ca documentațiile, obiect al contractului în cauză, să fie avizate de autoritățile și organismele abilitate (ANAR, ISU, etc.) este aceea că emitentul acestora să fie atestat conform Ordinului MMAP nr. 631/2015 în domeniul *d) elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor*, prevăzut de art. 11 din ordinul mai sus menționat.

De asemenea, entitatea contractantă consideră inaplicabile dispozițiile art. 191 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea aflându-se într-o regretabilă confuzie de termeni. Textul de lege se referă la capacitatea tehnică și profesională și, nicidecum, la capacitatea de exercitare a profesiei.

De altfel, având în vedere dispozițiile art. 187 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă susține că legiuitorul permite unui ofertant/asociere de ofertanți să își demonstreze doar capacitatea tehnică și sau profesională prin intermediul subcontractanților declarați și, nicidecum, capacitatea de exercitarea a profesiei, cererea contestatorului de a obliga entitatea contractantă să accepte subcontractantul ..... este inadmisibilă.

În aceste condiții, entitatea contractantă solicită respingerea, ca neîntemeiate, a contestațiilor depuse de SC ..... SRL și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei de respingere a ofertei depuse de aceasta, precum și dispunerea continuării procedurii.

Făcând aplicarea prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, după conexarea celor opt contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Entitatea contractantă, ... SA, a inițiat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ”..... SA”, cod CPV 71335000-5 – Studii tehnice (Rev. 2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de rezultatul emis ulterior etapei de verificare a DUAE, aferent loturilor 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 și 11, potrivit căruia, oferta sa a fost declarată inacceptabilă (măsură ce i-a fost comunicată prin adresele nr. 36360, nr. 36363, nr. 36364, nr. 36369, nr. 36370, nr. 36372, nr. 36374 și nr. 36375 din 06.04.....), SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestațiile de față (îndeplinind și procedura

notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului anularea lui și obligarea entității contractante la stabilirea ”admisibilității ofertei sale”.

În speță, Consiliul reține că autoarea contestației atacă rezultatul ”fazei de verificare DUAE”, pentru ofertele depuse de ea în cadrul prezentei proceduri, pentru loturile nr. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 și 11, ce i-a fost comunicat prin adresele nr. 36360, 36363, 36364, 36369, 36370, 36372, 36374 și 36375 din 06.04....., prin care acestea au fost excluse pentru lipsa atestării conform Ordinului MMAP nr. 631/2015, motivat de faptul că, ”se încalcă unele prevederi ale legislației privind achizițiile sectoriale„ și ”încalcă și principiul nediscriminării”.

Referitor la susținerile SC ..... SRL vizând aparenta nelegalitate a aplicării de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 conform cărora: 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, Consiliul constată că sunt întemeiate.

Astfel, Consiliul reține că, la pct. III.2.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale* din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a solicitat: *Cerința 2: Atestarea pentru întocmirea studiilor hidrologice în conformitate cu cap. III din Ord. MMAP nr. 631/2015 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor. Declarația va consta în completarea și depunerea DUAE.*

Asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, ofertantă în cauză, a depus oferta pentru cele 8 loturi în discuție, având ca subcontractanți declarați inițial, prin DUAE, pe SC ..... SRL și ....., fiecare dintre aceștia completând un DUAE. În acest sens, este de reținut că, potrivit Acordului de asociere, încheiat între SC ..... SRL și SC ..... SRL, fiecare dintre aceștia contribuie la realizarea obiectului contractului de achiziție publică ce se va atribui în prezenta procedură, cu 50 %. De asemenea, prin acordurile de subcontractare încheiate de cei doi asociați cu subcontractanții lor, rezultă că:

- SC ..... SRL subcontractează către SC ..... SRL, activitatea de, verificarea datelor hidrologice; iar
- SC ..... SRL subcontractează, către ....., activitățile de, modelare hidrodinamică în cuantum a 200 de ore.

Pentru demonstrarea îndeplinirii Cerinței 2: Atestarea pentru întocmirea studiilor hidrologice în conformitate cu cap. III din Ord. MMAP nr. 631/2015, din fișa de date a achiziției, Asocierea ofertantă, formată din SC ..... SRL - SC ..... SRL, a prezentat: Certificatul de atestare nr. 21 din 11.06.2014 emis de Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice – Departamentul pentru Ape, Păduri și Piscicultură, în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 377/2014, prin care se atestă

că SC ..... SRL are competența tehnică și profesională de a efectua lucrări în următoarele domenii: d) elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor. Or, în condițiile în care subcontractantul în cauză, SC ..... SRL, urmează să realizeze, conform acordului de subcontractare sus menționat, activitatea de, verificarea datelor hidrologice, respectivul certificat de atestare nu acoperă cerința din documentația de atribuire.

Urmare a solicitării de clarificări a entității contractante, asocierea în cauză a răspuns susținând că: ..... declarat de asemenea, ca subcontractant, parte a grupului ...., ”deține o expertiză în realizarea studiilor hidrologice și hidraulice prin aplicare software-urilor dezvoltate de mai bine de 50 de ani în întreaga lume”, cu precizarea că: ”în Spania nu există nicio autorizație care să permită sau să restricționeze proiectarea unor astfel de lucrări, respectiv atestare în domeniul întocmirii studiilor hidrologice”. Acest răspuns apare ca fiind neconcludent, în condițiile în care subcontractantul ..... are de realizat, conform acordului de subcontractare, activitatea de, *modelare hidrodinamică în cuantum a 200 de ore,* pentru aceasta nefiind impusă prezentarea vreunui certificat/atestat.

În cadrul adresei de răspuns la clarificările solicitate de entitatea contractantă, asocierea ofertantă a mai precizat că, având în vedere prevederile art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, ”putem oferi un alt subcontractant care să îndeplinească sarcinile primului propus, respectiv înlocuirea SC ..... SRL cu SC ..... SA, ... deține certificatul de atestare nr. 92, conform căruia i s-a oferit competența tehnică și profesională de a efectua lucrări în domeniul: *a) întocmirea studiilor hidrologice,* certificat valabil până la data de 17.12.2018, pe care îl atașăm prezentei”.

Astfel, Consiliul nu va reține, ca întemeiate, susținerile entității contractante privind inaplicabilitatea, în speță, a prevederilor art. 187 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, deoarece acestea s-ar referi exclusiv, *la capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor,* iar *cerința 2*, în discuție, se referă la *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, deoarece, potrivit prevederilor art. 58 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016:

(1) *În situaţia în care entitatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activităţii profesionale şi/sau capacitatea tehnică şi profesională prezentarea unor autorizaţii specifice, cerinţa se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceştia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate şi/sau că unul dintre membrii asocierii deţine autorizaţia solicitată, după caz, cu condiţia ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă.*

(2) - *În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul sectorial care urmează să fie atribuit, cerinţa prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul*

nominalizat deţine autorizaţia solicitată prin documentaţia de atribuire, cu condiţia ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă.

Referitor la aspectele mai sus evocate, Consiliul apreciază că trebuie avut în vedere că subcontractantul ofertat să înlocuiască pe SC ..... SRL, respectiv, SC ..... SA, ar fi urmat să execute activitatea de, *verificarea datelor hidrologice*, pentru care deține certificatul de atestare solicitat prin documentația de atribuire, astfel încât, susținerea entității contractante că cerința de atestare trebuie îndeplinită de către unul din asociații ofertanți și nu de un sub-contractant, încalcă principiul proporționalității impus la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016. Astfel, impunerea deținerii de atestat, în sensul solicitat prin documentația de atribuire de către un ofertant care el însuși nu va executa/presta serviciul pentru care este necesar a fi prezentat respectivul atestat, este ilegală, restricționând participarea la procedură a unui ofertant/asociere capabil/ă să execute respectivele activități în deplină legalitate, prin subcontractanții declarați.

Prin neacceptarea înlocuirii subcontractantului SC ..... SRL cu SC ..... SA, entitatea contractantă restricționează accesul asocierii ofertante SC ..... SRL - SC ..... SRL, dând dovadă de un formalism excesiv, în interpretarea prevederilor legale mai sus citate.

În ce privește subcontractantul ....., Consiliul apreciază că în speță sunt aplicabile prevederile art. 186 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, conform căruia:

(1) - *Entitatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente relevante care să dovedească forma de înregistrare şi, după caz, de atestare ori apartenenţă din punct de vedere profesional, în conformitate cu cerinţele legale din ţara în care este stabilit operatorul economic*.

(2) - *În procedurile de atribuire a contractelor sectoriale de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să deţină o autorizaţie specială sau să fie membri ai unei anumite organizaţii pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, entitatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că deţin o astfel de autorizaţie sau că sunt membri ai unei astfel de organizaţii*;

Or, în speță, trebuie luate în considerare orice documente relevante ce demonstrează că în Spania, țara de origine a operatorului economic, nu se solicită astfel de autorizații pentru activitățile ce urmează a fi realizate de acest subcontractant.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestațiile nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ..... și nr. ..... din ..... depuse de SC ..... SRL și să

anuleze ”punctele de vedere” privind cele 8 loturi, înregistrate sub nr. 36379, 36382, 36382, 36392, 36396, 36400, 36411 și 36421 din 06.04....., în partea dedicată ofertei depuse de asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, precum și adresele nr. 36360, 36363, 36364, 36369, 36370, 36372, 36374 și 36375 din 06.04....., privind rezultatul ”fazei de verificare DUAE”, ca acte subsecvente.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să reanalizeze ofertele depuse de asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, pentru cele opt loturi în discuție, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Conexează cele opt contestații.

Admite contestațiile nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ....., nr. ..... și nr. ..... din ....., depuse de SC ..... SRL, și anulează punctele de vedere privind cele opt loturi având nr. 36379, 36382, 36382, 36392, 36396, 36400, 36411 și 36421 din 06.04....., în partea dedicată ofertei depuse de asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, precum și adresele nr. 36360, 36363, 36364, 36369, 36370, 36372, 36374 și 36375 din 06.04....., privind rezultatul ”fazei de verificare DUAE”, ca acte subsecvente.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, pentru loturile nr. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 și 11, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

……