

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

DECIZIE

Nr. 1653/C3/1774

Data: 29.07.2021

Prin contestația nr. 21015159/15.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36670/05.07.2021, înaintată de SRL (lider al Asocierii SRL - SA), cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 1 - Extinderea rețelelor de apă potabilă și canalizare și reabilitare apeducte din zona de sud - vest a municipiului (strada Ghidigeni), ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 2239/05.07.2021, act emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de „Proiectare și execuție a lucrărilor aferente proiectului Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în zonele, din, ce a fost inițiată cu anunțul de participare nr. CN1028012 din 29.01.2021, s-a solicitat

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 21015159/15.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36670/05.07.2021, ... SRL atacă rezultatul procedurii aferent lotului 1 - Extinderea rețelelor de apă potabilă și canalizare și reabilitare apeducte din zona de sud - vest a municipiului (strada), ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 2239/05.07.2021, act emis de, autoritate contractantă în procedura de interes, considerând nelegală și abuzivă decizia acesteia din urmă (adoptată în urma unei analize îndelungate a ofertei și a numeroaselor răspunsuri la solicitările de clarificări, referitoare la experiența similară, inclusiv a celor adresate), de a-i declara oferta inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și, ulterior, de a anula procedura de atribuire a acestui lot.

Contestatorul arată că, potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, singurul motiv reținut de autoritatea contractantă în susținerea deciziei de respingere a ofertei, ca inacceptabilă, se referă la modul de îndeplinire a cerințelor privind experiența similară, pentru partea de execuție, și constă în faptul că ar fi prezentat un proces-verbal de recepție parțială (procesul-verbal nr. 1/25.03.2021), care nu ar fi întocmit cu respectarea prevederilor HG nr. 273/1994. Totodată, autoritatea contractantă susține că unicul mod în care poate fi înțeleasă sintagma „duse la bun sfârșit” este: a) lucrări recepționate pe obiecte/sectoare, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului (fișa de date a achiziției).

În opinia contestatorului, susținerile autorității contractante sunt vădit neîntemeiate și de natură a încălca atât propriile cerințe stabilite de prin documentația elaborată, cât și legislația incidentă.

Or, potrivit documentației de atribuire, documentele care puteau fi depuse de ofertanți pentru a atesta faptul că lucrările „au fost duse la bun sfârșit”/au fost executate în conformitate cu normele legale și profesionale în domeniu, sunt următoarele:

- *pentru lucrări recepționate pe obiecte: - proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului sau echivalent.*

- *pentru contractele de lucrări: - extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. proces-verbal de recepție finală/proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare), care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele profesionale și legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale și profesionale în domeniu.*

În acest context, contestatorul susține că procesul-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021 a fost întocmit după modelul stabilit de HG nr. 273/1994 și în prezența dirigintelui de șantier a beneficiarului, numit pentru întregul contract CL6. Lucrările care au făcut obiectul procesului-verbal de recepție au fost acceptate/confirmate și plătite de autoritatea contractantă respectivă.

Concluzionând, contestatorul arată că a îndeplinit întocmai cerințele documentației de atribuire care, în niciun caz, nu au limitat dreptul ofertanților de a face dovada îndeplinirii cerințelor de experiență similară doar la prezentarea, exclusiv, a unui proces-verbal la terminarea lucrărilor sau final, așa cum greșit afirmă autoritatea contractantă.

Dacă s-ar accepta raționamentul autorității contractante, pe lângă încălcarea cerințelor proprii documentații de atribuire, s-ar încălca inclusiv:

(i) dispoziții legale exprese din legea achizițiilor publice: art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 49, art. 154 și art. 181 din Legea nr. 98/2016;

(ii) decizii de practică atât la nivel național cât și comunitar: Hotărârea Curții din 16 aprilie 2015, pronunțată în cauza C-278/14, Hotărârea Curții din 4 decembrie 2003, pronunțată în cauza C-448/01, Hotărârea Curții din 14 iunie 2007, pronunțată în cauza C-6/05, Hotărârea Curții din 29 Aprilie 2004, pronunțată în cauza C-496/99, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016, pronunțată în cauza C-27/15, Hotărârea Curții din 6 noiembrie 2014, pronunțată în cauza C-42/13, Hotărârea Tribunalului din 9 septembrie 2009, pronunțată în cauza T-437/05, Decizia civilă nr. 375 din data de 21.06.2019, pronunțată de Curtea de Apel, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Mai mult, în conformitate cu dispozițiile art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, singurele condiții impuse pentru demonstrarea cerințelor privind experiența similară se referă la:

- confirmarea lucrărilor/activităților de către antreprenorul general;
- beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor.

Or, în speță, lucrările de relining executate de sunt confirmate de antreprenorul general, prin procesul-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021.

De asemenea, ..., prin răspunsul său, atestă că a avut calitatea de subcontractant, manopera aferentă lucrărilor de relining (curățire canal, filmări CCTV, montaj tuburi de polimer beton respectiv etc.) fiind asigurată de antreprenorul, prin intermediul personalului, incluzând lucrările de reabilitare a colectorului situat în strada 22 Decembrie 1989.

Astfel, prin adresa nr. 8014, ... confirmă faptul că *lucrările au fost executate în condiții de calitate, lucrările au fost testate și achitate Antreprenorului general, colectorul la această dată (n.n. 19.05.2021), fiind funcțional, în acest sens documentele încheiate cu Antreprenorul sunt cele care atestă calitatea lucrărilor și plata către antreprenor. În cazul în care documentele menționate mai sus vor fi utile în procesul de evaluare, la solicitarea d- voastră, se pot pune la dispoziția comisiei de evaluare.*

De asemenea, prin adresa nr. 8854, ... confirmă că *manopera aferentă lucrărilor de relining (curățire canal, filmări CCTV, montaj tuburi polimer beton, respectiv etc.) este asigurată de către antreprenor prin intermediul personalului, incluzând lucrările de reabilitare a colectorului situat în strada Finalizarea lucrărilor la colectorul mai sus menționat s-a realizat în luna martie 2021.*

Informațiile furnizate de sunt de natură să clarifice pe deplin calitatea de subcontractant a societății în cadrul contractului CL6, chiar dacă nu a fost subcontractant declarat.

De altfel, Instrucțiunea ANAP nu distinge între calitatea de subcontractant și cea de subcontractant declarat.

Mai mult, procesul-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021 și celelalte documente justificative depuse arată cantitatea de lucrări executate și recepționate de beneficiarul serviciilor prestate de, adică Antreprenorul ... SA. confirmă și faptul că lucrarea executată (reabilitarea colectorului ovoid de pe strada) a fost finalizată în luna martie 2021 și este funcțională.

Ținând cont de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că, în speță, sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de legiuitor cu privire la calitatea de subcontractant a operatorului economic

(i) a executat lucrări care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică;

(ii) a răspuns în fața antreprenorului general;

(iii) autoritatea contractantă a acceptat/aprobat toate lucrările executate de

În opinia contestatorului, autoritatea contractanta a acționat sub imperiul unui formalism exagerat prin respingerea ofertei, în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate a autorității față de oferta sa.

Prin adresa nr. 1794/20.07.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 37394/20.07.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că a fost necesară solicitarea de clarificări, în legătură cu experiența similară deținută de SRL, atât asocierii din care acesta face parte, cât și

Astfel, a solicitat informații cu privire la calitatea deținută de în cadrul contractului prezentat ca experiență similară, respectiv „Reabilitare rețea de canalizare menajera în cadrul investiției CL6 - *Extindere și reabilitare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare menajeră în municipiul, zona de Sud*”. Totodată, autoritatea contractantă a solicitat să ateste dacă a realizat, în proporție de 100%, cei 829.56 m reabilitare colector de canalizare ovoid 1000 x 1500 mm, prin relining cu conductă de pe strada 22 Decembrie 1989 (prin asumarea procesului-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021, încheiat între și SA, sau prin orice alt document) și, de asemenea, data la care acest colector a devenit funcțional.

Drept răspuns, ... a indicat faptul că acest contract *a fost semnat de Asocieria ... SA - SRL -, ...nu a fost declarat subcontractant și nu suntem în posesia Contractului de prestări servicii nr. 2/13.01.2021, încheiat de acesta cu SA și, implicit, a procesului- verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021, motiv pentru care este exclus asumarea vreunei recepții care nu a fost organizată de către SC*

Manopera aferentă lucrărilor de relining (curățire canal, filmări CCTV, montaj tuburi de polimer beton respectiv etc.) este asigurată de către antreprenor SA prin intermediul personalului, incluzând lucrările de reabilitare a colectorului situat în strada Finalizarea lucrărilor la colectorul mai sus menționat s-a realizat în luna martie 2021.

În urma analizării răspunsurilor contestatorului și ale, autoritatea contractantă a considerat că acestea nu sunt concludente și că nu sunt îndeplinite cerințele privind experiența similară, solicitate prin fișa de date, motivat de faptul că, participant în calitate de asociat la procedură, a prezentat în DUAE cap C: *Capacitatea tehnică și profesională*, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței privind experiența similară, contractul „Reabilitare rețea de canalizare menajera în cadrul investiției CL6 - *Extindere și reabilitare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare menajeră în municipiul, zona de Sud*”, contract încheiat între, în calitate de beneficiar, și SA, în calitate de lider al Asocierii, societatea neavând calitatea de parte în acest contract (lider/asociat/terț/subcontractor confirmat de beneficiar).

În acest context, autoritatea contractantă susține că nu este îndeplinită prevederea art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 privind modalitatea de îndeplinire/demonstrare și evaluare a experienței similare.

Mai mult, procesul-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021 reprezintă, conform dispozițiilor art. 6 lit. d) din HG nr. 273/1994, un act prin care se atestă stadiul fizic de execuție a construcției, în scopul înscrierii dreptului de proprietate asupra acesteia în cartea funciară, identificându-se cu procesul-verbal de constatare privind stadiul realizării construcției, în sensul Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Or, prin acest document, nu se confirmă îndeplinirea cerinței din fișa de date: „lucrări duse la bun sfârșit”.

De altfel, ... - beneficiarul acestor lucrări, deși, prin ambele răspunsuri transmise (nr. 8014/19.05.2021 și nr. 8854/04.06.2021), atestă că acest colector este funcțional la această dată, precizează și faptul că acest contract este în derulare, motiv pentru care nu a fost organizată recepție la terminare și nici recepții parțiale, excluzând asumarea vreunei recepții care nu a fost organizată de companie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 39151/28.07.2021, ... SRL a transmis Note scrise, față de punctul de vedere al autorității contractante, prin care precizează că a completat experiența similară și cu alte 2 contracte de execuție puse la dispoziție de asociatul, execuție lucrări de construire/reabilitare/reparații capital conducte pentru apa brută/apa potabilă/apa uzată/apa pluvial ce presupune și subtraversare de alte rețele însumând lungimea de minim 500 m, având diametrul de 1000 mm, utilizând tehnologii fără săpătură deschisă, datorită faptului că a înțeles că documentele prezentate inițial nu îndeplineau cerința solicitată.

În ceea ce privește susținerea și justificarea autorității contractante, privind completarea experienței similare cu alte două contracte, aceasta este nelegală și abuzivă. SRL precizează că, datorită faptului că, în calitate de lider al Asocierii SRL -- SA, a completat experiența similară cu alte 2 contracte puse la dispoziție de către asociatul, în ideea de a demonstra și mai mult capacitatea tehnică a ofertantului, în vederea execuției lucrărilor oferite, cu atât mai mult cu cât beneficiarul din cele două contracte antemenționate, era Primăria Municipiului

Mai precizează contestatorul că autoritatea contractantă este pasibilă de pierderea sumelor accesate de Primăria Municipiului din fondurile europene și că aceasta nu și-a exprimat punctul de vedere cu privire la acest aspect care, în opinia SRL este foarte important.

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

În vederea atribuirii contractului de „Proiectare și execuție a lucrărilor aferente proiectului Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în zonele Gh....., din, defalcată pe două loturi, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat o licitație deschisă, publicând în SEAP, la 29.01.2021, anunțul de participare nr. CN1028012 și documentația de atribuire aferentă.

Împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii lotului 1 - Extinderea rețelelor de apă potabilă și canalizare și reabilitare apeducte din zona de sud - vest a municipiului (strada), măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 2239/05.07.2021, ... SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea rezultatului procedurii acestui lot și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Consiliul a luat act de faptul că SRL a făcut dovada îndeplinirii obligației stabilite la art. 611 alin. (1) și (21) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii unei cauțiuni, în valoare de 880.000 lei,

constituită prin recipisa nr. 3259/4500/2021, emisă de BRD Groupe Societe Generale - Sucursala Business, la data de 16.07.2021.

Litigiul părților privește neîndeplinirea, de către ofertantul contestator a cerinței de experiență similară, pentru lotul 1, stabilită în anunțul de participare:

Cerinta nr.1-Experienta similara in cf. cu prev. art.179 lit.a) și lit.b) din Lg. nr. 98/2016 pv achizitiile publice, actualizata.

Ofertantii trebuie sa faca dovada ca in ultimii 5 ani pentru lucrări și 5 ani pentru servicii, impliniti la data termenului limita de depunere a ofertelor, mentionat in anuntul de participare, a executat si a dus la bun sfarsit lucrari și servicii relevante/similare cu cele ce fac obiectul contractului de achizitie publica in baza unuia sau a mai multor contracte.

Prin lucrari "relevante/similare" AC a definit executia de lucrări de: construire/reabilitare/reparații capitale conducte pentru apa potabila sau lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de conducte pentru apa bruta/apa potabila/apa uzata/apa pluviala ce presupune și subtraversare de alte rețele insumand lungimea de minim 500 m, avand diametrul de minim 1000 mm, utilizand tehnologii fara sapatura deschisa.

(...)

Nota:

Prin sintagma "lucrari duse la bun sfarsit", se intelege: a) lucrari receptionate pe obiecte/sectoare, care sunt insotite de PV de receptie intocmit in cf. cu preved. legale si tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului sau echivalent sau b) lucrari receptionate insotite de PV la terminarea lucrarilor sau echivalent sau c) lucrari receptionate insotite de PV de receptie finala sau echivalent.

(...)

Ofertantul poate invoca pentru dovedirea experientei similare partea de contract executata in perioada de referinta solicitata de AC in documentatia de atribuire, cu conditia ca lucrarile prezentate sa fie duse la bun sfarsit.

Modalitate de indeplinire:

Se va completa DUAE-Partea IV(...)

Pentru contractele de lucrari: - extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. PV de recepție finală/PV de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) care să ateste faptul că lucrările au fost executate in cf. cu normele profesionale și legale in domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care sa reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data incheierii contractului) și care să ateste faptul că lucrările au fost executate in cf. cu normele legale si profesionale in domeniu.

(...)

Vor fi acceptate documente care atesta atat serviciile si lucrarile receptionate partial cat si serviciile si lucrarile receptionate la sfarsitul prestarii si executiei (cf art. 9 alin. 3 si art.11 alin. 3 din Instructiunea nr. 2/2017 ANAP) si documentul care confirmă recepționarea respectivelor servicii/lucrări în perioada de referință, luând în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul respectivului document, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcție cu funcționalitate independentă.

Docum. justificative vor fi prezentate în cf. cu prevederile art.123, alin.3 și alin. 4 din H.G. nr.395/2016, actualizata. (...)

Autoritatea contractantă și-a motivat decizia de respingere a ofertei asocierii contestatoare, astfel:

S.C. S.R.L. participant în calitate de asociat la procedură a prezentat în DUAE cap C: CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței privind experiența similară contractul „Reabilitare rețea de canalizare menajera în cadrul investiției CL6- Extindere și reabilitare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare menajeră în municipiul, zona de Sud, contract încheiat între COMPANIA DE în calitate de Beneficiar și în calitate de lider al Asocierii - SC SRL - Din informațiile si documentele prezentate rezultă faptul că S.C. S.R.L nu a avut calitatea de parte în acest contract (lider/asociat/terț/subcontractor confirmat de beneficiar).

(...)

✓ documentul prezentat sub denumirea Proces verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021, nu poate fi calificat ca fiind un proces verbal la terminarea lucrărilor întocmit pe obiecte ale contractului care sunt distincte/ independente din punct de vedere fizic și funcțional, așa cum prevede art. 4 din anexa 1 a H.G. nr. 343/2017 pentru modificarea H.G. nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora. (...)

Tot în conformitate cu prevederile regulamentului susmenționat documentul care atestă terminarea lucrărilor și, respectiv, recepția finală pentru părți/obiecte/sectoare din/de construcție este reprezentat de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor prevăzut în anexa nr. 2 și nu de procesul-verbal de recepție parțială.

Drept urmare, documentul prezentat sub denumirea Proces verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021, nu poate fi calificat ca fiind un proces verbal la terminarea lucrărilor întocmit pe obiecte ale contractului care sunt distincte/ independente din punct de vedere fizic și funcțional, așa cum prevede art. 4 din anexa 1 a H.G. nr. 343/2017 pentru modificarea H.G. nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora. Procesul-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021, prezentat, atestă

doar stadiul fizic de execuție al lucrărilor nu și faptul că acestea sunt funcționale, documentul în cauză nefiind semnat de o comisie de recepție, conform Regulamentului de recepție.

În ceea ce privește primul motiv de respingere (S.C. S.R.L nu a avut calitatea de parte în acest contract (lider/asociat/terț/subcontractor confirmat de beneficiar)), Consiliul observă că autoritatea contractantă s-a îndepărtat de prevederile aplicabile în domeniul achizițiilor publice. Nicăieri legiuitorul nu a stabilit că pot fi luate în considerare doar lucrările realizate de un operator economic care a avut calitatea de *lider/asociat/terț/subcontractor*.

Textul de la art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 (invocat de achizitor în punctul de vedere, drept temei legal pentru respingerea ofertei) se referă la o altă situație decât cea a contestatorului, respectiv la cea în care executantul a fost subcontractant: *[b) în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență a realizat lucrări/activități în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experiență similară pentru un antreprenor general, cu condiția ca respectivele lucrări/activități să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor.]*.

Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 nici nu face referire la respingerea unei oferte pentru că un operatorul economic a executat activitățile dintr-un contract în calitate de prestator, și nici nu limitează tipul de participare a unui operator într-un contract (doar ca *lider/asociat/terț/subcontractor confirmat de beneficiar*).

Legea nr. 98/2016, prin art. 179 lit. a), nu impune nicio condiție privind rolul participantului la ofertă, în contractul pe care-l prezintă pentru dovedirea experienței similare *[Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă]*.

Legiuitorul impune doar ca lucrările să fie realizate, fără să stabilească vreo condiție asupra calității prestatorului, față de beneficiarul contractului în cauză ori a categoriei persoanelor juridice implicate în contract (să fie de drept public ori privat). Chiar prin instrucțiunea antemenționată (citată și în anunțul de participare/fișa de date), se arată că experiența similară poate fi dovedit printr-un contract încheiat între operatori economici privați, deci care nu utilizează termeni consacrați din domeniul achizițiilor publice (autoritate contractantă, ofertant, subcontractant).

Astfel, a reinterpreta, în evaluarea ofertelor modul de dovedire a cerinței de calificare (operatorul economic să fi avut calitatea de subcontractant în contractul evidențiat în DUAЕ) constituie o completare a documentației de atribuire, după termenul limită de depunere a ofertelor, deci o încălcare a principiului transparenței, instituit de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Analizarea informațiilor prezentate de ofertanți, în dovedirea cerințelor de calificare, trebuie realizată prin raportare la cele prevăzute în anunțul de participare, nu la cerințe inexistente în documentația de atribuire [art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ*].

Cât privește cel de al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului (neconcludența documentelor prezentate de pentru dovedirea experienței similare, respectiv a contractului de lucrări realizat pentru beneficiarul), Consiliul îl apreciază ca lipsit de temei legal.

Prin anunțul de participare, achizitorul a stabilit că urmărește să atribue contractul aceluia ofertant care *a executat și a dus la bun sfârșit lucrări și servicii relevante/similare cu cele ce fac obiectul contractului de achiziție publică în baza unuia sau a mai multor contracte*.

Din documentele prezentate de, pentru lucrările realizate în favoarea beneficiarului, Consiliul observă că în *foaia de atașament la Certificatul interimar de plată nr. 6, foile de atașament la situația de plată nr. 7, nr. 8, nr. 10*, sunt prezentate activitățile similare celor din contractul supus atribuirii, reabilitare colector ovoid (ce include *toate operațiile necesare oprire apă și redirectionare pe perioada intervenției, curățare colector, inspecție CCTV înainte și după finalizarea lucrării, execuție gropi de lansare, lucrări de împingere și lucrări de preluare conexiuni laterale etc*), lucrări de injecție mortar, racorduri de canalizare, refacere sistem rutier etc.

Toate aceste *foi de atașament la situații de plată* sunt anexate procesului-verbal de recepție parțială nr. 1/25.03.2021, întocmit în prezența dirigentului de șantier.

De asemenea, beneficiarul lucrării, ..., confirmă:

- participarea acestui operator la lucrarea în cauză;
- *lucrările au fost executate în condiții de calitate, lucrările au fost testate și achitate Antreprenorului general;*
- *finalizarea lucrărilor la colectorul mai sus menționat s-a realizat în luna martie 2021.*

Așadar, din toate documentele de mai sus, se observă că ofertantul a respectat condițiile din anunțul de participare, respectiv *lucrările să fie*

duse la bun sfârșit (beneficiarul, entitate publică, confirmă acest fapt, canalul fiind funcțional, executat în condiții de calitate, iar lucrările plătite), prin prezentarea unui document echivalent de dovedire a executării lor (a fost depus un proces-verbal întocmit în prezența dirigintelui de șantier, ce are calitatea de reprezentant al beneficiarului). Or, formatul procesului-verbal, întocmit între antreprenorul respectiv și subantreprenorul, cu beneficiarul, inclusiv denumirea documentului, au opozabilitate deplină între aceste părți.

Față de actuala autoritate contractantă, documentul relevă experiența similară efectivă și nu formală, în derularea lucrărilor de același tip, a actualului ofertant asociat, nefiind relevantă titulatură sub care s-a obținut această experiență. Scopul cerințelor de calificare este de a dovedi autorității contractante că operatorul economic este capabil, efectiv, să deruleze viitorul contract.

Prin neacceptarea de către achizitor a acestor documente, se înțelege că autoritatea contractantă se îndepărtează de propriile reguli stabilite prin anunțul de participare, prin care a permis, totuși, prezentarea de documente echivalente celor consacrate.

Pe de altă parte, chiar dacă autoritatea contractantă nu ar lua în considerare contractul de lucrări realizat pentru beneficiarul, nu poate concluziona că nu ar avea experiența similară solicitată prin anunțul de participare. Achizitorul recunoaște, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, că acest operator a executat lucrări similare, în contractele în care tot a fost beneficiarul lor: Având în vedere că lucrările similare adăugate mai sus au ca beneficiar final Primaria Municipiului, poate fi verificată cu ușurință realitatea afirmațiilor ofertantului, dovedită cu documente atașate.

Conform justificărilor din Strategia de contractare, achizitorul a stabilit cerința de calificare, referitoare la experiența similară, pentru a se asigura că *ofertantul care va fi declarat câștigător are capacitatea de a duce la bun sfârșit proiectarea și execuția unor lucrări similare din punctul de vedere al complexității cu cea care face obiectul principal al achiziției. Autoritatea contractantă a formulat această cerință pentru a evita riscul ca obiectele contractului, respectiv elementele de infrastructură pozate fără săpătură deschisă, să nu fie dimensionate și executate corect de un operator economic fără experiența necesară acestor tipuri de lucrări (...), pentru asigurarea realizării parametrilor solicitați prin caietul de sarcini.*

Or, autoritatea contractantă nu infirmă capacitatea de a executa contractul viitor, ci doar motivează că nu poate accepta contractele în care ea a fost beneficiar, întrucât ar reprezenta o *completare ulterioară a DUAE prezentat inițial și a ofertei cu documente nesolicitate de comisia de evaluare și neprecizate în oferta inițială.*

Consiliul nu poate aprecia ca pertinentă o astfel de argumentare, întrucât situația în cauză este chiar mai puțin decât prevede legea

achizițiilor, la art. 196 alin. (1): *Prin excepție de la dispozițiile [art. 196](#), operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative sau alte probe în sprijinul informațiilor declarate în DUAЕ în cazul și în măsura în care autoritatea contractantă are posibilitatea de a obține certificatele sau informațiile relevante în mod direct, prin accesarea unei baze de date naționale din orice stat membru, disponibile în mod gratuit, cum ar fi un registru național al achizițiilor publice, un dosar virtual al societăților, un sistem electronic de stocare a documentelor sau un sistem de preselecție.*

Autoritatea contractantă, fiind în posesia unor contracte cu lucrări similare (în care a fost subcontractant), cunoștea, încă de la momentul "deschiderii" ofertelor, că acest operator economic are experiența similară solicitată la actuala procedură de atribuire.

Astfel, nici nu ar mai fi fost necesară completarea unui nou DUAЕ, de către contestator, pentru cele două contracte, încheiate cu, deoarece autoritatea contractantă deținea toate documentele pentru dovedirea experienței similare.

DUAЕ constituie o declarație pe proprie răspundere, în locul certificatelor/documentelor doveditoare pentru îndeplinirea cerințelor de calificare, venind în sprijinul autorității contractante și a participanților la procedura de atribuire.

Conform Regulamentului nr.7/2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic (Anexa 1), respectiv DUAЕ (denumirea din Legea nr. 98/2016), *Obiectivul acestui document este de a reduce sarcinile administrative care decurg din necesitatea de a produce un număr semnificativ de certificate sau de alte documente legate de criteriile de excludere și de selecție.*

Iar potrivit, art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

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

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

Așadar, luarea în considerare a lucrărilor în cauză, executate pentru, nu ar obliga la depunerea unui alt DUAЕ. De asemenea, nici nu i-ar produce vreun avantaj ofertantului, întrucât acesta nu ar fi fost nevoit să-și completeze oferta (așa cum susține achizitorul), documentele existând la sediul autorității.

Astfel, prin toate informațiile existente la dosarul cauzei, Consiliul constată că îndeplinește cerința de experiență similară pentru executarea lucrărilor.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula Raportul procedurii nr, 2235/05.07.2021, precum și actele subsecvente acestuia, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL -- SA. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze această ofertă, conform celor de mai sus, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii nr. 2235/05.07.2021, precum și actele subsecvente acestuia, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL -- SA. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze această ofertă, conform celor de mai sus, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de admitere a contestației SRL, în contradictoriu cu, cu anularea raportului procedurii nr. 2235/05.07.2021 și a actelor subsecvente acestuia, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL -- SA, și a obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei –, opinăm că aceasta nu este în

concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci dimpotrivă, în contradicție cu acestea, având în vedere următoarele considerente:

În esență, starea factuală relevă că asocierea ofertantă se prevalează de experiența similară a societății, dobândită în executarea unui contract atribuit de, Din cuprinsul contestației, reiese că a deținut calitatea de subcontractant în respectivul contract:

- „Prin răspunsul dat de entitatea contractanta Compania de, aceasta atesta ca a avut calitatea de subcontractant [...]”

- „Informațiile furnizate de Compania de sunt de natura sa clarifice pe deplin calitatea de subcontractant a in cadrul contractului CL6, chiar daca nu a fost subcontractant declarat.”

- „Vă rugăm sa observați ca în speța sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de legiuitor cu privire la calitatea de subcontractant a operatorului economic [...]”

Așadar, însăși autoarea contestației declară că a deținut calitatea de subcontractant. Conform art. 268 alin. (1) C. proc. civ., semnătura unui înscris face deplină credință, până la proba contrară, despre existența conșimțământului părții care l-a semnat cu privire la conținutul acestuia, conținut pe care contestatoarea și l-a asumat în mod echivoc prin propria semnătură. Raționamentul logico-juridic în speță trebuia să plece de la această premisă, în ceea ce privește calitatea Apreciem a fi vădit eronată atribuirea altei calități de către forul administrativ-jurisdicțional, peste aceea asumată expres, cum ar fi calitatea de „prestator”. Pe de altă parte, nici ipotetic nu este posibilă atribuirea acestei din urmă calități, întrucât Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1), face distincție clară între „prestator” (furnizor) și subcontractant:

„w) furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;”

„yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;”

Prestatorii (furnizorii) nu sunt subcontractanți și, implicit, nu execută părți ale lucrărilor atribuite. Doar subcontractanții pot intervenii în executarea acestora, astfel cum a procedat și, care își asumă calitatea de subcontractant în lucrările pentru, Cu alte cuvinte, păstrând caracterul ipotetic al argumentației, ..., care pretinde că s-a implicat direct în executarea lucrărilor pentru compania de apă, nu avea cum să invoce o eventuală calitate de furnizor/prestator, vădit contrară

realității și lipsită de relevanță sub aspectul recunoașterii ca experiență similară.

În consecință, dacă i se recunoaște calitatea de subcontractant, pe care o susține, îi sunt pe deplin incidente prevederile art. 14 alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea nr. 2/2017: b) în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență a realizat lucrări/activități în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experiență similară pentru un antreprenor general, cu condiția ca respectivele lucrări/activități să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor", prevederi pe care oferta asocierii din care face parte nu le îndeplinește. Nu a făcut proba că ar fi deținut calitatea de subcontractat recunoscut de lege, nici în fața Consiliului și nici în fața Municipiului În plus, nici măcar nu îl recunoaște pe drept subcontractant, în executarea contractului pe care l-a atribuit.

Prevederea reprodusă din Instrucțiunea nr. 2/2017 este în vigoare și nu a făcut obiectul vreunei excepții de nelegalitate, pentru a putea fi ignorată de către organul jurisdicțional. Rostul acestei prevederi din dreptul pozitiv este tocmai de a preveni subcontractarea clandestină (nedeclarată) de către câștigătorii contractelor.

Astfel fiind, în acord cu raționamentul autorității contractante și al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (din avizul conform condiționat nr. 12287/10095/CN1028012/AC/24.05.2021), autoritatea era supusă prevederii din Instrucțiunea nr. 2/2017 și, în concluzie, nu putea reține o eventuală experiență similară a în absența calități recunoscute de subcontractant în executarea contractului pentru Cum s-a demonstrat mai sus, este exclusă această calitate, pe care contestatoarea și-o asumă contrar realității.

Măsura respingerii ofertei, din perspectiva noastră, este întemeiată factual și în drept, context în care ar fi trebuit menținută de forul jurisdicțional.

Separat de aceste considerente, nu suntem de acord nici cu schimbarea experienței similare pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Toți ofertanții aveau aceeași obligație de a elabora oferta și înscrisurile însoțitoare (DUAЕ) în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar comisia de evaluare analizează DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Legea nr. 98/2016. Comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a cerințelor de către fiecare ofertant în parte prin analiza conținutului DUAЕ, astfel cum dispune art. 132 alin. (1) din normele la lege, obligație pe care comisia evaluatorie desemnată de Municipiului a putut să o îndeplinească doar prin prisma datelor completate în DUAЕ, sub sancțiunea falsului în declarații, de către ofertant.

Consecința lipsei din formularul DUAЕ, la secțiunea privind valoarea experienței similare, a tuturor contractelor necesare, în absența căruia nu este atins pragul, constă în respingerea fără ezitare a ofertei asocierii, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (*oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă*) și cele ale alin. (1) din același articol (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile*) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind aceea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei (DUAЕ) este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. Asocierea putea și trebuia să verifice DUAЕ pe care l-a încărcat în SEAP, anterior încărcării lui, pentru a preveni eventuale omisiuni și elimina riscul respingerii ofertei din cauza lui.

Raționamentul că autoritatea avea obligația de a îi accepta aducerea altor contracte (care nu figurează în DUAЕ) nu este judicios, deoarece ar fi încălcat atât textul imperativ al art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a, cât și principiul legal al tratamentului egal între ofertanți. Practic, reclamanta își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Nimic nu a oprit societatea să verifice corectitudinea informațiilor din fișierul anterferit și să încarce în SEAP, înaintea datei-limită, un alt fișier DUAЕ, care să includă toate contractele și valoarea completă a experienței similare. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției. Decizia civilă nr. 4271 din 25 noiembrie 2016 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, este deosebit de elocventă, în sensul că o completare necorespunzătoare a DUAЕ atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă, chiar dacă, în realitate, ofertanta îndeplinește criteriile de calificare necompletate în DUAЕ:

Curtea constată că, în condițiile de participare (criterii de calificare) din invitația de participare este consemnat ce trebuie să fie completat în DUAЕ, cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, cu privire la dovada deținerii autorizației de funcționare emisă de Ministerul Sănătății, cu privire la experiența similară. **Chiar dacă aceste criterii au fost îndeplinite de către reclamantă – potrivit susținerilor acesteia – prin actele depuse, faptul că DUAЕ nu a fost completat în mod corespunzător, în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, nu poate fi acoperit în alt mod.**

Mergând în aceeași direcție, se cuvine a fi evidențiată decizia nr. 113/R din 15 februarie 2019 a Curții de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, din care redăm:

În ceea ce privește soluția Consiliului, în sensul că autoritatea contractantă avea obligația de a declara inacceptabilă oferta depusă de către _____ -S_____ ... SRL, în temeiul

art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016, Curtea reține că s-au formulat critici atât de către Autoritatea Contractantă cât și de _____ - SC S_____ EXIM SRL.

Textul de lege aplicat în cauză, respectiv art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016, prevede că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Conform fișei de date a achiziției, în vedere îndeplinirii cerinței de calificare. ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător va completa DUAЕ - Partea IV «Criteriile de selecție» -Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională», indicând în mod explicit, pentru fiecare contract prezentat, cel puțin următoarele informații necesare pentru a verifica modul de îndeplinire a criteriului: denumirea contractului, Beneficiarul, tipul lucrărilor realizate, categoria de drum, perioada de execuție a lucrărilor, valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit în ultimii 5 ani".

Petiționara _____ - SC S_____ ... SRL nu a completat corespunzător DUAЕ în sensul că a precizat ca experiență similară contracte de lucrări în valoare de 57.257.534 lei, sub nivelul solicitat în fișa de date a achiziției, respectiv xxxxxxxxxxxx lei, nefiind îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară.

În ceea ce privește posibilitatea ofertantului de a completa informațiile cuprinse în DUAЕ pe calea clarificărilor solicitate de Comisie în etapa de evaluare, instanța achiesează la considerentele Consiliului privind distincția între o omisiune ce reprezintă un viciu de formă și o omisiune de fond.

În materia criteriilor de calificare și selecție dispozițiile legale incidente sunt riguroase și neechivoce, pentru a se asigura respectarea principiilor prevăzute de art. 2 din legea 98/2016 astfel încât aceste criterii sunt indicate în fișa de date respectiv anunțul de participare și sunt informații ce se completează în DUAЕ iar în cazul unor modificări a cerințelor de calificare, dispozițiile art. 55 din HG 395/2016 și art. 142 din legea 98/2016 impun publicarea unei erate spre deosebire de cazul specificațiilor tehnice care pot face obiectul unor clarificări

În condițiile în care autoritatea contractantă are obligații legale clare în ceea ce privește impunerea criteriilor de calificare și asigurarea transparenței și publicității în această materie, ofertanții în procedură au obligația de a acționa cu aceeași rigurozitate.

Prin urmare, **completarea corespunzătoare a DUAЕ în ceea ce privește îndeplinirea condițiilor de calificare, respectiv indicarea tuturor contractelor în raport de care se dovedește „experiența similară” astfel cum expres s-a solicitat în fișa de date, trebuia realizată până la data-limită de depunere a ofertei (conform art. 60 alineat 1 din HG 395/2016) având în vedere și dispozițiile art. 132 alineat 1 din HG 395/2016 conform cărora comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a criteriilor de calificare prin analiza conținutului DUAЕ.**

Modificarea sau completarea DUAЕ ulterior datei de depunere a ofertei este permisă în condițiile în care este vorba despre completări formale și care nu au aptitudinea de a determina apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat (în sensul art. 209 din Legea 98/2016 și art. 134 din HG 395/2016).

În cazul de față ofertantul a indicat în DUAЕ contracte anterioare de lucrări în valoare de 57.257.534 lei, deși în fișa de date a achiziției s-a solicitat să fie indicate lucrări în valoarea cumulată de xxxxxxxxxxxx lei.

La momentul verificării de către Comisie a modului de îndeplinire a cerințelor de calificare, respectiv prin analiza conținutului DUAЕ, conform art. 132 alineat 1 din HG 395/2016, **se impunea respingerea ca inadmisibilă a ofertei, în temeiul art. 137 alineat 2 litera b din HG 395/2016, deoarece ofertantul nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.**

Lipsa oricărei mențiuni privind existența unui alt contract de lucrări exclude posibilitatea aprecierii de către Comisie a unei inadvertențe de formă, de natură să permită formularea unei solicitări de clarificare. Practic, în maniera în care a acționat Comisia de evaluare, s-a permis unuia dintre participanții la procedură să declare și să individualizeze ulterior datei-limită stabilite prin anunț, un contract de lucrări la care nu a făcut anterior nici o referire și în această manieră să evite aplicarea art. 137 alineat 2 litera b din HG 395/2016.

În condițiile în care toți ceilalți participanți la procedură au fost ținuti de termenul-limită de depunere a ofertei și a formularului DUAЕ, clarificările solicitate petiționarei _____ - SC S_____ EXIM SRL și care au permis acesteia să aducă noi elemente în susținerea îndeplinirii unei cerințe de calificare, încalcă dispozițiile art. 209 alineat 2 din Legea 98/2016.

Referirile petiționarei la modul de evaluare al ofertei D_____ 2_____ C_____ SRL sub aspectul calificărilor solicitate acestui ofertant de Comisie, nu sunt de natură să ducă la o altă soluție în ceea ce privește plângerea formulată de _____ - SC S_____ SRL (incidența în cauză a art. 209 din legea 98/2016 se verifică în raport de toți participanții la procedură), context în care Curtea subliniază că în mod judicios Consiliul a făcut aplicarea în cauză a principiului disponibilității.

Curtea subliniază că referirile petiționarei la rolul DUAЕ, de simplificare a procedurilor de achiziție, sunt corecte dar ignoră faptul că tocmai în considerarea acestui aspect, completarea DUAЕ angajează răspunderea ofertantului și implică un grad sporit de rigurozitate (context în care apar relevante dispozițiile art. 3 alineat 1 litera f din Legea 98/2016 care definește DUAЕ ca reprezentând declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție).

Având în vedere considerentele anterioare Curtea constată că în mod corect, CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR a admis în parte, contestația formulată de _____ și contestația formulată de _____ și a anulat raportul procedurii nr. 24.124/08.11.2018 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii, obligând autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse de _____ și _____.

Aceeași orientare jurisprudențială o regăsim, de exemplu, și în decizia civilă nr. 1593 din 6 aprilie 2017 a Curții de Apel _____, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal:

Nu pot fi reținute nici susținerile petentei în sensul că măsura autorității contractante este una disproporționată și formalistă.

În acest sens, Curtea reține că potrivit art. 137 din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

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

a) prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanțe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor;

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă;”

Față de aceste prevederi legale, Curtea reține că susținerile petentei în sensul că măsura respingerii ofertei sale este de un formalism exagerat sunt neîntemeiate. **Respingerea ofertei pentru necompletarea DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractante este reglementată ca o obligație pentru autoritatea contractantă, astfel încât nu se poate reține că s-ar fi acționat sub imperiul unui formalism exagerat, autoritatea contractantă acționând în concordanță cu prevederile legale.**

Nu pot fi reținute nici prevederile art. 196 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 invocate de petentă în susținerea argumentului său privind formalismul de care a dat dovadă autoritatea contractantă.

Conform art. 196 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 „(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.”

Curtea observă că textul legal vorbește de solicitarea de documente ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, iar nu de solicitarea de documente în completarea informațiilor care lipsesc din conținutul DUAE. Prin urmare, față de aceste texte legale, Curtea reține că nu revine autorității contractante obligația de a depune diligențe suplimentare, iar **respingerea ofertei pentru necompletarea corespunzătoare a DUAE este o măsură prevăzută de lege, iar nu lăsată la aprecierea discreționară a autorității contractante, neputându-se astfel reține caracterul disproporționat sau formalist al măsurii luate de autoritatea contractantă.**

Pentru considerentele de fapt și de drept expuse, Curtea va respinge plângerea, ca nefondată.

Aceeași instanță, în decizia nr. 2923 din 23 iunie 2017, a statuat:

Curtea reține că măsura luată de autoritatea contractantă în sensul respingerii ofertei depusă de petena T_ S_ S_, ca inacceptabilă, în etapa de evaluare a formularelor DUAE, este legală, cum legală și temeinică este și decizia Consiliului prin care a menținut această măsură.

În cauză este necontestat că ceea ce se critică în cauza de față este rezultatul de evaluare al Formularului DUAE, și că acest formular a fost completat de ofertant (societatea petentă din cauza de față) la modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 3 privind capacitatea tehnică solicitată prin Fișa de date a achiziției, la Repartizatoare asfalt a bifat 1 bucată în loc de 2 bucăți astfel cum era cerința din fișa de date.

Pornind de la reglementarea cuprinsă în Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, la art.3 alin.(1) „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

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 selecție;”

Totodată, potrivit art. 193 din aceeași lege alin. (1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

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

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

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională invocând susținerea unui terț, DUAE include informațiile menționate la alin. (1) cu privire la terțul susținător.

(3) În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

(4) Pe lângă informațiile prevăzute la alin. (1)-(3), DUAE conține și informații cu privire la autoritatea publică sau partea terță responsabilă cu întocmirea documentelor justificative, precum și o declarație oficială care să ateste că operatorul economic are obligația să furnizeze, la cerere și fără întârziere, documentele justificative respective.”

Deci, cu alte cuvinte, interpretând aceste prevederi legale, Curtea reține că acest document/formular DUAE este un document unic de achiziții european furnizat în format electronic, standard, stabilit de Comisia Europeană și care reprezintă o declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, fiind practic dovada preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți. Prin urmare, acest document DUAE reprezintă declarația pe proprie răspundere a operatorilor economici privind îndeplinirea criteriilor de capacitate din Documentația de atribuire, inclusiv a celor privind capacitatea tehnică.

În prezenta procedură, Curtea reține că operatorii economici au fost avertizați, încă de la început, prin Anunțul de participare, că au obligația de a completa în DUAE Partea IV „Criterii de selecție” Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională” informațiile necesare demonstrării îndeplinirii acestei cerințe. Or, în cauză, este necontestat că ofertantul T_____

S____ S__ (societatea petentă din cauza de față) **a completat documentul DUAE în cadrul mențiunilor din fișa de date a achiziției, ca și cerință de calificare și selecție, un singur Eșalon de asfalt/repartizator asfalt, în loc de două cât au fost solicitate prin fișa de date.** În aceste condiții, autoritatea contractantă intimată a declarat oferta acestui operator inacceptabilă, făcând aplicarea prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr.98/2016, potrivit căreia: „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.”

Mai mult decât atât, potrivit art. 137 alin (1) și (2) lit. b) din HG nr.395/2016 privind normele de aplicare:

(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a) se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 132 alin. (3);

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

De asemenea, potrivit art. 132 alin. (1) „În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE.

Astfel fiind, față de situația de fapt prezentată, **necompletarea sau completarea incompletă în documentul DUAE de către societatea petentă a mențiunii privind modalitatea de demonstrare a capacității tehnice bifând 1 repartizator asfalt în loc de 2, nu putea să conducă autoritatea contractantă decât la măsura declarării ofertei sale, în această etapă de evaluare a Formularului DUAE, ca inacceptabilă.**

Curtea va reține, în acord cu Consiliul că aceste omisiuni ale ofertanților de a furniza informații astfel cum se solicită în mod expres și imperativ în cadrul anexei 2 din Regulamentul nr. 7/2016 Partea IV - Criterii de selecție, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională nu pot fi încadrate în categoria inadvertențelor de formă ci în cadrul categoriei inadvertențelor de fond astfel cum sunt definite de legiuitor în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială, respectiv reprezintă erori/omisiuni ale informațiilor în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, acestea constituind informații care ar fi trebuit completate de către ofertanți și care nu reprezintă simple confirmări cu privire la îndeplinirea unor cerințelor minime de calificare /selecție formulate de către autoritate contractantă în fișa de date a achiziției.

Totodată, în mod corect a reținut Consiliul că în cauză nu sunt aplicabile nici prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 135 din HG nr. 395/2016 așa cum a susținut societatea petentă având în vedere, pe de o parte, că acestea reglementează dreptul autorității contractante și nu obligația acesteia de a solicita clarificări, iar pe de altă parte, **solicitățile se pot formula doar cu privire la informațiile sau documentele prezentate.** Or, în cauză **petenta nu au oferit nicio informație cu privire la utilajele/echipamentele/instalațiile lipsă, așa încât, solicitare nu a putut fi formulată, pentru că, în mod logic, autoritatea contractantă intimată nu a avut la ce să se raporteze.** Demonstrațiile de ordin gramatical susținute de societatea petentă în contestația formulată și plângerea de față, la care trebuia să se raporteze autoritatea contractantă, și în raport de care, trebuia să presupună că este o eroare materială, nu pot fi primite, plasându-se în afara prevederilor legale, **examinarea documentului DUAE făcându-se prin verificarea celor declarate/completate de ofertant în raport de cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției și prevederile legale mai sus citate, prevederi care obligau autoritatea contractantă la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței din fișa de date.**

Nici susținerile petentei cu privire la raționamentul de ordin tehnic în raport de numărul repartizatoarelor și cel al compactoarelor la care trebuia să recurgă autoritatea contractantă pentru a deduce și apoi a ajunge la concluzia că bifarea unui repartizator în loc de două este o simplă eroare materială, nu pot fi primite, fiind în afara cadrului legal.

Totodată, în mod corect a apreciat Consiliul că, nici documentele care se regăsesc în cadrul propunerii tehnice nu pot fi luate în considerare în această etapă, având în vedere faptul că analiza propunerii tehnice reprezintă o etapă ulterioară în cadrul căreia urmează a fi analizate doar propunerile tehnice ale ofertelor declarate admise, ceea ce nu era posibil la acest moment a derulării procedurii. Curtea reține, în acord cu soluția Consiliului că, potrivit jurisprudenței constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, ..., C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, ..., C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37).

Totodată, potrivit aceleiași practici principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în aceeași mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 6 noiembrie 2014, ..., C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 36). De asemenea Curtea a statuat că principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poată cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților (Hotărârea din 9 februarie 2006, La și alții, C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94, punctul 32 Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37).

Or, în cauză, autoritatea contractantă a menționat în mod expres și detaliat care sunt cerințele de calificare cu privire la utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor pe care ofertanții trebuie să demonstreze că dispune. [...]

În concluzie, fa ță de considerentele prezentate, Curtea, în temeiul prevederilor art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va respinge plângerea formulată menținând decizia Consiliului ca fiind egală și temeinică.

Prin manopera aducerii ulterioare a altor contracte, ofertantul încearcă să își creeze un avantaj nepermis față de ceilalți ofertanți, respectiv să completeze DUAЕ cu anumite contracte de experiență similară, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cât și de prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ (*„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”*).

Astfel cum nu putea aduce un DUAЕ care să îl contrazică (completeze) pe precedentul, unde nu figurează cu experiență similară suficientă, ...nu poate legal nici să se prevaleze, cu titlu de experiență similară, de alte contracte decât cele indicate în DUAЕ. Numai cu încălcarea art. 209 alin. (2) precitat, autoritatea ar putea lua în calcul contractul adus ulterior fără a îi fi cerut de cineva, creându-i astfel societății un avantaj competitiv față de ceilalți operatori economici participanți la procedură. Eventuala admitere a ei conduce în mod clar la

distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât ar ajunge să fie calificată pe baza unui document invocat și relevant ulterior datei-limită de prezentare a ofertei. După cum s-a spus mai sus, principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (în acest sens Hotărârea Curții Europene de Justiție din 18 octombrie 2001, SIAC, C-19/00, punctul 34, și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, punctul 93). Se cuvine a fi punctată aici optica instanței de la ... exprimată în Hotărârea din 11 mai 2017, ..., C-131/16, EU:C:2017:358.

În cauză, raționamentul autorității a fost logic și întemeiat: societatea a indicat o experiență similară proprie ce nu a fost probată legal și, din această cauză, nu putea fi valorificată. Este nu doar aberant, ci și nedrept raționamentul că DUAE are valoare de document orientativ sau exemplificativ, din moment ce însuși **legiuitorul îi conferă o importanță capitală, de completarea lui corespunzătoare depinzând admiterea sau respingerea ofertei** – art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (**oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul 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**).

În lumina art. 196 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016:

Art. 196. - (1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca **dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE**, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte **documente justificative actualizate** prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, **în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE**, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.

Prin urmare, obligația ofertanților este de a pune la dispoziția autorității documente justificative actualizate în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, iar nu orice documente justificative doresc. Contractele noi nu au valoare de document justificativ „în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ”, neputând fi luate în considerare.

Este subînțeles că evaluarea preliminară a „calificării”, pe baza informațiilor din DUAЕ, este succedată de evaluarea finală a „calificării”, pe baza documentelor suport al informațiilor din DUAЕ, iar nu pe baza unor documente invocate ulterior, inexistente în DUAЕ și de care autoritatea nu a cunoscut atunci când a efectuat evaluarea preliminară. Este de prisos a se încerca aici demonstrarea faptului că trebuie să există suprapunere între cele două evaluări, ca parte a evaluării globale a ofertei.

Potrivit art. 12 din Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale:

Art. 12. - (1) Autoritatea/Entitatea contractantă menționează la nivelul fișei de date a achiziției faptul că pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară se va prezenta, ca dovadă preliminară, **DUAЕ completat de ofertant/candidat, terț susținător și subcontractant, după caz, cu informații relevante care să demonstreze realizarea plafoanelor valorice/** cantitative impuse **pentru cerința în cauză.**

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă menționează explicit în fișa de date a achiziției modul de completare a DUAЕ, astfel încât să poată fi asigurată o abordare unitară a candidaților/ofertanților, precum și pentru facilitarea activității comisiei de evaluare.

În sensul că nu poate fi completat DUAЕ oricând și oricum este și notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale (disponibilă la adresa <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAЕ.pdf>).

Față de cele evocate, Consiliul ar fi trebuit să determine că în mod legal autoritatea a respins oferta asocierii, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea actelor prin care a fost stabilit rezultatul evaluării actelor contestatoarei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea acestora. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuia să respingă, ca nefondată, contestația.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie divergentă.

MEMBRU,

.....

.....