



**C. N. S. C.**

# **CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980  
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 [www.cnsc.ro](http://www.cnsc.ro)

**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. ...**

**Data: ...**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50832/18.11.2020, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., având ..., formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 17.887/11.11.2020 și a raportului procedurii – etapa de verificare informații DUAЕ, emise de ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Lucrări de înlocuire tâmplărie PVC cu geam termopan*”, s-a solicitat:

- *anularea adresei nr. 17.887/11.11.2020, reprezentând comunicarea rezultatului etapei de verificare a documentelor justificative (DUAЕ);*
- *anularea raportului intermediar al procedurii și a actelor subsecvente acestuia;*
- *anularea proceselor-verbale de evaluare DUAЕ, în partea privind oferta SC ...SRL;*
- *reluarea evaluării cu observarea admisibilității ofertei SC ...SRL;*
- *în subsidiar, reluarea activității de evaluare cu obligarea autorității contractante la emitere a unei cereri de înlocuire a terțului.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin

care SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă, în baza dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395 /2016 și ale art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016, decizie comunicată prin adresa nr. 17.887/11.11.2020.

Petenta presupune că motivul respingerii ofertei sale ar rezida în pretinsul caracter neconcludent al răspunsului transmis, ca urmare solicitării de clarificare înaintată de comisia de evaluare.

Obiectul solicitării comisiei de evaluare a privit, în mod exclusiv, documentele transmise de terțul susținător SC .... SRL, a cărui susținere a fost invocată în condițiile legii și ale documentației de atribuire, în scopul probării îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, cu referire la cerința privind experiența similară.

Astfel, s-au constatat anumite inadvertențe între obiectul declarat al contractelor furnizate de terțul susținător pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară și obiectul facturilor emise de acesta ulterior executării respectivelor contracte. Aceste inadvertențe au făcut obiectul solicitării de clarificare nr. 16.607/ 22.10.2020.

În contextul în care obiectul solicitării viza în mod integral înscrisurile terțului susținător, petenta a cerut acestuia clarificări și înscrisuri în completare. SC ...SRL a informat societatea ...SRL cu privire la motivele care au condus la aceste inadvertențe și i-a furnizat înscrisuri care fac proba obiectului real al raporturilor juridice încheiate cu clienții și care au fost invocate în susținerea îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Astfel, arată că terțul susținător a furnizat o explicație privind conflictul dintre obiectul contractelor și obiectul facturilor, și anume facturarea eronată și a furnizat comenzile emise de către clienții săi, din care rezultă cu claritate că obiectul raporturilor juridice privea lucrări similare celor ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție (confecționare și montare tâmplărie PVC cu geam termopan).

Astfel, petenta arată că a transmis autorității contractante toate aceste înscrisuri primite de la terțul susținător. Recepționând aceste documente și explicații, autoritatea procedează la calificarea lor ca fiind neconcludente, astfel încât invocă incidența prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă s-a limitat la calificarea răspunsului ca fiind neconcludent, raportându-se exclusiv la explicația privind erorile de facturare, fără a se pronunța și asupra înscrisurilor furnizate de terțul susținător, și anume comenzile emise de clienți, din cuprinsul cărora rezultă că acesta a executat lucrări de montare tâmplărie PVC cu geam termopan.

Astfel, petenta consideră că, în mod eronat, dacă nu cu rea credință, autoritatea a procedat la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, atât timp cât în privința unor înscrisuri esențiale, furnizate de terțul susținător,

autoritatea nu se pronunță, nu explică din ce motiv acestea nu ar avea caracter concludent și nu ar face proba executării de către terț a unor lucrări similare.

Alegând să ignore cu desăvârșire aceste înscrisuri (comenzi ferme emise de clienții terțului, asumate de aceștia prin semnătură și ștampilă), comisia de evaluare a apreciat ca fiind incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Or, în opinia contestatoarei, dincolo de faptul că explicațiile furnizate sunt susținute de înscrisuri, aceste explicații pot fi cel mult neconcludente, necredibile, neconvingătoare, în niciun caz nu pot constitui declarații false, în sensul dat acestei noțiuni de către lege. Nu a furnizat înscrisuri falsificate, nu a ascuns informații privind situația sa sau a terțului, ci a furnizat explicații care pot fi calificate cel mult ca neconcludente, nu și false. Caracterul neconcludent al acestor explicații ar putea, cel mult, să atraga incidența prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, și nu respingerea ofertei.

Astfel, chiar în ipoteza în care, ad absurdum, ar admite că prevederile 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 sau ale art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 ar fi incidente ofertei sale și situației terțului, respingerea ofertei rămâne ilegală, ca prematur dispusă de autoritate, date fiind prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, chiar în ipoteza absurdă în care susținerea terțului SC ...SRL ar fi afectată de vicii, autoritatea contractantă nu poate proceda la respingerea ofertei înainte de a solicita ofertantului, o singură dată, să procedeze la înlocuirea respectivului terț.

Petenta învederează că, nu numai că autoritatea nu procedează din oficiu la îndeplinirea acestei obligații legale, odată ce a calificat răspunsul privind situația terțului susținător ca fiind neconcludent, dar refuză să dea curs cererii exprese, formulate în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, de a solicita înlocuirea terțului susținător, astfel cum legea permite și, mai important, obligă autoritățile contractante.

Pentru a nu proceda în acord cu voința legiuitorului, care prin art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prescrie în mod imperativ în sarcina autorităților contractante o anumită conduită în ipoteza constatării imposibilității acceptării terțului susținător propus de ofertant, autoritatea alege să invoce prevederile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

*„(2) în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări”.*

Astfel, pentru a proceda la respingerea ofertei sale, autoritatea aplică un text de lege lipsit de incidență în ceea ce privește oferta sa și, mai mult, pentru întregul cadru al acestei proceduri de achiziție publică, atât timp cât în discuție nu se află criterii referitoare la calificări educaționale, calificări profesionale sau experiența profesională, ci criteriul privind experiența similară anterioară. Distincția între capacitatea tehnică și capacitatea profesională a ofertanților este făcută în mod expres și explicit chiar de către legiuitor prin prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016.

Numai în ipoteza în care autoritatea ar fi impus cerințe de calificare privind *„îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă”*, ar deveni incidente prevederile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în sensul că operatorul economic va putea să se prevaleze de susținerea unui terț pentru efectuarea probațiunii îndeplinirii cerințelor de calificare numai dacă *„acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări”*.

În discuție nu este dacă susținerea terțului poate sau nu poate fi invocată, caz în care prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 ar putea fi incidente dacă fișa de date ar fi impus cerințe relative la capacitatea profesională, ci dacă terțul susținător poate fi sau nu înlocuit, odată ce autoritatea a stabilit că susținerea acordată nu poate fi acceptată. Textul invocat de autoritate privește condițiile în care susținerea tehnică poate fi invocată, în timp ce textul invocat de petentă, incident oricărei proceduri de atribuire, privește condițiile înlocuirii terțului.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 19143/23.11.2020, atașat documentelor din dosarul achiziției, înregistrate la Consiliu cu nr. 51605/23.11.2020, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, învederând următoarele:

În urma analizării și evaluării propunerilor financiare încărcate, comisia de evaluare a considerat necesară și oportună solicitarea fundamentării economice a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate, în conformitate cu art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, tuturor ofertanților admiși în etapa de evaluare a propunerilor tehnice.

Analizând răspunsurile din partea ofertanților SC ...SRL, respectiv SC ... SRL și considerându-le concludente, comisia de evaluare a declarat ofertele admise în această etapă și a solicitat oferantului clasat pe locul I, în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, prezentarea documentelor justificative care atestă îndeplinirea celor asumate în DUAE.

Având în vedere că ofertantul SC ... SRL (lider al asocierii SC ... SRL - SC ... SRL) nu a încărcat, la secțiunea „întrebări” din SEAP, până la data de 05.10.2020, termenul limită comunicat, răspunsul la solicitarea de clarificări

privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului, comisia de evaluare a considerat, în temeiul art. 136 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, oferta ca fiind neconformă.

Astfel, la solicitarea comisiei de evaluare nr. 15676 din 07.10.2020, ofertantul clasat pe locul I, respectiv ofertantul SC ...SRL, a încărcat, în termenul limită stabilit, la Secțiunea „întrebări” din SEAP, documentele justificative care probează cele asumate prin completarea DUAE.

Printre documentele comunicate se regăseau și facturile emise de terțul susținător SC ... SRL, împreună cu documentele „Proces verbal de recepție a lucrărilor”, aferente pentru un număr de 38 din cele 39 enumerate ca fiind experiență similară declarate în DUAE de către acesta.

În cadrul acestor acte sunt menționate date și înscrisuri care infirmă cele declarate inițial de terțul susținător în DUAE, acesta fiind motivul solicitării prin care s-a dorit clarificarea neconcordanțelor sesizate. Astfel, în data de 11.11.2020, comisia de evaluare a analizat și evaluat răspunsul la solicitarea de clarificări, precum și toate documentele comunicate de SC ...SRL și de terțul susținător și viitorul subcontractant al lucrării.

De această dată, comisiei de evaluare i-au fost comunicate comenzile *„ca document ce a stat la baza emiterii documentelor finale întocmite la recepția lucrărilor”*, documente prin care reprezentantul legal al SC ...SRL, domnul Kadour Saer, sub semnătură privată, declară *„considerăm că terțul a făcut dovada că îndeplinește cerințele din fișa de date”*, omițând faptul că anumite facturi fiscale au fost emise de către un angajat al societăților cu care SC ... SRL contractase lucrările.

După analizarea și evaluarea clarificărilor și a documentelor, comisia de evaluare a ajuns la concluzia că atât factura fiscală, cât și datele înscrise în mod *„eronat”* în aceasta, nu putea fi emisă/completată decât de către un angajat al terțului susținător SC ... SRL, în calitate de executant al lucrărilor sau prestator al serviciilor, și în niciun caz de un oarecare angajat al firmelor contractante, așa cum reiese din declarația operatorului economic SC ...SRL.

De asemenea, comisia de evaluare a considerat insuficiente informațiile comunicate, documentele neputând dovedi suficient de clar modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare menționate în mod expres și detaliat în documentația de atribuire, acestea dezorientând și mai mult comisia de evaluare, având în vedere data de început și de sfârșit a fiecărei lucrări, fiind aceeași. Or, comenzile comerciale sunt angajamente legale prin care se contractează anumite servicii sau lucrări și care se emit anterior începerii prestării sau execuției acestora, în niciun caz la aceeași dată cu cea a facturării (exceptând serviciile sau lucrările care sunt prestate sau executate în aceeași zi).

În consecință, conform declarațiilor terțului susținător, preluate sub semnătură privată de către ofertantul unic SC ...SRL, SC ... SRL a primit comenzile, a semnat eventualele contracte și în aceeași zi a emis și facturile

fiscale, a prestat sau executat lucrările comandate și eventual au și fost recepționate.

Referitor la solicitarea ofertantului privind înlocuirea terțului susținător, în baza art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă învederează că, din motive obiective, pentru a fi în măsură să anticipeze o bună gestionare a fondurilor publice prin diminuarea posibilelor riscuri, a hotărât declararea ofertei depuse de către SC ...SRL ca fiind inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, fără a da curs solicitării acestuia.

În apărarea sa, autoritatea contractantă invocă *„excepția solicitării de înlocuire a terțului susținător”*, considerând că înlocuirea acestuia este un drept pe care orice operator economic credibil îl poate solicita, și nu o obligație a autorității contractante.

În concluzie, aceasta apreciază că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestației formulată de SC ...SRL, ca neîntemeiată.

Prin răspunsul contestatoarei înregistrat la Consiliu cu nr. 52119/25.11.2020, aceasta dezaprobă poziția juridică a autorității contractante față de prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, apreciind ca fundamental eronată interpretarea dată textului de lege, de natură a conduce la ineficientizarea voinței legiuitorului clar exprimată în respectivul text legal.

Astfel, potrivit opticii autorității contractante, textul de lege în analiză:

- ar crea un drept al operatorilor economici;
- acest drept ar fi operabil sub condiția suspensivă a credibilității ofertantului;
- acest drept nu constituie un drept legalmente statuat în favoarea ofertanților, ope legis, ci ar face obiectul unei solicitări exprese a ofertanților, adresată autorității, în sensul că acest text de lege ar crea în favoarea ofertanților doar un drept de a solicita;
- autoritatea ar avea dreptul de a aproba sau respinge această cerere, dreptul ofertantului credibil fiind în fapt supus condiționalității aprobării cererii sale de către autoritate.

În opinia petentei, prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 trebuie interpretate astfel:

- dă naștere unui drept absolut al operatorilor economici, simetric unei obligații legale statuate de legiuitor în sarcina autorităților contractante.
- acest drept nu este condiționat de *„credibilitatea”* ofertantului, întrucât din textul de lege analizat lipsește cu desăvârșire o astfel de condiționare.

Singura condiție prevăzută de text se referă la constatarea unei situații în care terțul *„nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind*

*capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167”.*

În funcție de răspunsul dat acestor întrebări, autoritatea va decide, fără a face o analiză subiectivă a credibilității ofertantului, dacă textul de lege este sau nu incident procedurii.

Dreptul ofertanților de a proceda la înlocuirea terțului susținător în situația în care acesta nu face proba îndeplinirii cerințelor privind capacitatea, sau se află în situații de excludere, este un drept statuat ope legis în favoarea acestora și nu face obiectul vreunei cereri adresate autorității.

Legiuitorul stabilește o obligație legală în sarcina autorităților, obligația de a solicita înlocuirea terțului, fără însă a stabili și vreo obligație a ofertanților de a formula vreo cerere în acest sens.

Dreptul de opțiune și decizie al autorităților asupra cererii ofertantului de înlocuire a terțului nu este prevăzut de textul de lege analizat.

În primul rând, nu ofertantul este chemat de legiuitor să formuleze o astfel de cerere, ci autoritățile contractante sunt chemate la modul imperativ de legiuitor să formuleze către ofertant cererea de înlocuire a terțului susținător. În al doilea rând, autoritățile nu au un drept de opțiune asupra unei astfel de pretenții a ofertantului de a beneficia de dreptul lor privind înlocuirea terțului, în sensul că nu li se permite de către legiuitor să delibereze asupra unei astfel de cereri, pe care să o aprobe sau nu.

Decizia de înlocuire a terțului în astfel de situații nu este de competența autorităților contractante și nu este luată de acestea funcție de propria lor analiză de oportunitate, ci constituie atributul suveran al legiuitorului care statuează în mod expres și imperativ în sarcina autorităților contractante să solicite, o singura dată, înlocuirea.

În raport de cele expuse, contestatoarea apreciază că este eronată opinia autorității contractante asupra interpretării și modului de aplicare a prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. În fapt, printr-o astfel de interpretare, voința clară a legiuitorului este ineficientizată, în sensul că operatorii economici nu vor mai beneficia de un drept absolut la înlocuirea terțului atunci când acesta nu face proba îndeplinirii cerințelor privind capacitatea sau se află în situații de excludere, ci de un simplu drept de petiție, un drept de a formula o cerere adresată autorității, care ar avea dreptul suveran de a decide dacă aprobă sau nu o astfel de cerere.

*Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:*

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1073276 din 13.08.2020 și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect „*Lucrări de înlocuire tâmplărie PVC cu geam termopan*”, valoarea estimată fiind de 834.193,27 lei, fără TVA, iar data

limită pentru depunerea ofertelor 28.08.2020, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este „Prețul cel mai scăzut”.

Potrivit procesului-verbal nr. 12881/31.08.2020, în cadrul procedurii de atribuire au fost înscrși 7 ofertanți însă au fost depuse doar 4 oferte, printre acestea aflându-se și oferta contestatoarei SC ...SRL.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206662703/1 din 20.11.2020, a sumei de 16.684,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala ..., respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61<sup>1</sup> din Legea nr. 101/2016.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61<sup>1</sup> alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prin contestația formulată SC ...SRL critică rezultatul procedurii de atribuire cu privire la oferta sa, solicitând anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, a raportului intermediar și actelor subsecvente acestuia, anularea proceselor verbale de evaluare și obligarea autorității contractante de a relua procedura de atribuire cu îndeplinirea obligației acesteia de a emite cerere de înlocuire a terțului susținător.

Cu privire la rezultatul procedurii de atribuire contestat de către SC ...SRL, Consiliul reține că prin adresa nr. 17887/11.11.2020, autoritatea contractantă a comunicat următoarele:

*„În urma evaluării documentelor justificative depuse de dvs., comisia de evaluare numită prin Decizia Directorului Executiv ... nr. 369 din 28.08.2020, a concluzionat următoarele:*

*Cu privire la invocarea înscrierii în mod eronat în cadrul facturilor fiscale, în ceea ce privește modul în care au fost detaliate/completate activitățile prestate și facturate de către angajații societăților comerciale FAR ... S.R.L., conform afirmațiilor dvs. din cadrul răspunsului încărcat la secțiunea «Întrebări» și înregistrat la ... sub nr. 16916/28.10.2020, comisia de evaluare aduce la cunoștință operatorului economic faptul că, facturile fiscale au fost întocmite de către ... având calitatea de reprezentant legal al S.S.... S.R.L. (conform documentelor prezentate respectiv, acord de asociere, formulare și declarații prezentate) și **nu de către angajații societății comerciale** invocate, fapt ce nu exonerează operatorul economic de obligația completării în mod **corect și complet** a documentului DUAE conform cu realitatea. Prin urmare, comisia de evaluare consideră că prin răspunsul primit se încearcă ducerea în eroare a autorității contractante și pune sub semnul întrebării integritatea și credibilitatea operatorului economic S.C. .... S.R.L. și implicit a subcontractantului și terțului susținător S.C. ...S.R.L. precum și a documentelor depuse de către acesta/aceștia.*

*Din documentele justificative încărcate de către operatorul economic pentru demonstrarea celor asumate prin completarea DUAE, nu s-a*

respectat/demonstrat cerința privind Capacitatea tehnică și profesională respectiv: «dovada că a realizat în ultimii 5 ani (calculați până la termenul limită de depunere a ofertei), lucrări cu activitate în sectorul respectiv, și anume: lucrări de montaj/înlocuire tâmplărie PVC, supuse achiziției în valoare cumulată de minim 417.096,63 lei, fără T.V.A.», conform cerințelor menționate în mod expres și detaliat în Fișa de date a achiziției de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește solicitarea operatorului S.C. ...S.R.L. de înlocuire a terțului susținător conform art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările ulterioare, precum și prevederile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: «În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări», comisia de evaluare consideră că fiind neîntemeiată, și nu consideră necesară solicitarea înlocuirii terțului susținător, fapt detaliat și consemnat în cadrul Procesului verbal înregistrat sub nr. 17881/11.11.2020.

Ca urmare, având în vedere aspectele menționate, în baza art. 134 alin. (5) din H.G.395/2016, comisia de evaluare declară oferta operatorului economic S.C. ... S.R.L., **inacceptabilă**, iar terțul susținător «vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul (...) îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție», conform art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare”.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că în urma evaluării ofertelor, SC ...SRL s-a situat pe locul 1 în clasament ca urmare a aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, motiv pentru care autoritatea contractantă a solicitat acestui ofertant să transmită documentele de calificare pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor, conform celor menționate în Formularul DUAE.

Potrivit fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, că:

„Ofertantul va face dovada că a realizat în ultimii 5 ani (calculați până la termenul limită de depunere a ofertei), lucrări cu activitate în sectorul respectiv, și anume: lucrări de montaj/înlocuire tâmplărie PVC, supuse achiziției în valoare cumulată de minim 417.096,63 lei, fără TVA”.

Cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară, Consiliul constată că în Formularul DUAE ofertantul contestator a indicat un număr de 39 de contracte iar la „Descriere” a menționat, pentru cele 39 de contracte, „Lucrări de montare tâmplărie PVC pentru (denumire beneficiar)”.

După depunerea documentelor, comisia de evaluare a constatat o serie de neconcordanțe între informațiile din DUAE și informațiile conținute de facturile și procesele verbale analizate, situație în care a considerat că sunt necesare clarificări.

Cu adresa nr. 16607/22.10.2020 autoritatea contractantă a solicitat lămurirea acestor neconcordanțe, care vizează informațiile diferite din facturile și procesele verbale de recepție transmise, față de informațiile din DUAE, și a formulat 17 întrebări, prima dintre acestea, luată cu titlu de exemplu, are următorul conținut:

*„Constatare*

*În DUAE, în cadrul secțiunii C. Capacitatea tehnică și profesională, operatorul S.C. ... S.R.L., în calitate de subcontractant și terț susținător, declara, în susținerea experienței solicitată prin Fișa de date, «Lucrări de montare tâmplărie PVC pentru ... SRL», cu o valoare de 18287,08 RON, or în cadrul facturii GEF nr. 0088/17.12.2019, aferentă procesului verbal de recepție a lucrărilor, la scțiunea Denumirea produselor sau a serviciilor este menționat «Comision montaj tâmplărie pvc cu gem termo-izolant».*

*Subliniem că în cadrul Procesului verbal de recepție a lucrării se menționează «La predare s-a constatat că tâmplăria este completă și în stare perfectă de funcționare, conform comenzii, neexistând obiecții din partea beneficiarului în privința lucrărilor executate».*

*Clarificare*

*Luând în considerare definiția cuvântului «comision», precum și cele menționate, clarificați discordanțele constatate.*

*Menționăm faptul că, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, operatorul economic riscă excluderea din procedura de atribuire pentru «(...) declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul (...) îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție».*

Cu adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 16916/28.10.2020, contestatoarea a răspuns solicitării arătând că:

*„Menționăm faptul că factura a fost emisă pentru categoria de lucrări montare tâmplărie PVC care este similară cu cea cerută prin fișa de date și că pe factura cuvântul «comision», a fost înscris în mod eronat de către un angajat al companiei ... SRL, astfel în susținerea celor menționate atașăm comanda, ca document ce a stat la baza emiterii documentelor finale întocmite la recepția lucrărilor”.*

Consiliul constată că pe lângă lămurirea acestui cuvânt au mai fost identificate de către autoritatea contractantă în facturile emise de SC ...SRL faptul că plățile respective au vizat alte lucrări de „Remedieri balustrada exterioară”, „Servicii de revizie tâmplărie pvc”, „Mentenanță tâmplărie+rulouri”, „Montaj balustrada exterioară; fațada ventilație/Jaluzele” sau „Etapa 2 Bloc B parter, etajele 1, 2, 3, 4, 5 și 6/Capre suport sticlă”, prin

urmare, alte lucrări decât cele indicate invariabil în DUAЕ pentru toate cele 39 de contracte, respectiv *„Lucrări de montare tâmplărie PVC pentru (n.n. denumire beneficiar)”*.

Consiliul constată că răspunsul contestatoarei este neconcludent, întrucât prin acesta a fost invocat faptul că un angajat al beneficiarului ar fi inserat în mod greșit în factură termenele *„comision”, „remediere”, „revizie”, „mentenanță”,* în condițiile în care potrivit informațiilor din documentele analizate, facturile respective au fost emise de către angajatul SC ...SRL, conform mențiunii din partea stanga jos a facturilor *„Întocmit de: ... ..”* și nicidecum de un angajat al beneficiarului.

Un astfel de răspuns apare ca neconcludent, în condițiile în care facturile sunt documente care au fost întocmite de către angajatul SC ...SRL, situație în care afirmațiile din răspunsul la solicitarea de clarificări sunt contrazise de propriile documente.

Chiar dacă ofertantul contestator a atașat răspunsului comenzile care au stat la baza emiterii facturilor în conținutul cărora este menționat ca obiect *„Montarea tâmplăriei din P.V.C. cu geam termoizolant conform dimensiunilor, deschiderilor și tipului de geam stabilite la fața locului cu ocazia măsurătorilor”,* răspunsul acestuia are caracter neconcludent având în vedere că informațiile din documentele de plată, DUAЕ și comenzile de execuție de lucrări și procesele verbale de recepție sunt contradictorii astfel încât asupra documentelor analizate planează suspiciuni cu privire la realitatea informațiilor și implicit a tipului de lucrări realizate în fapt.

Un alt aspect care conduce la astfel de suspiciuni îl constituie și declarația terțului susținător, preluate sub semnătură privată de către ofertantul unic SC ...SRL, SC ... SRL a primit comenzile, a semnat eventualele contracte și în aceeași zi a emis și facturile fiscale, a prestat sau executat lucrările comandate și eventual au și fost recepționate.

În acest context, comisia de evaluare în mod corect a considerat răspunsul neconcludent iar lucrările respective nu au fost luate în considerare la stabilirea îndeplinirii sau nu a cerinței de calificare, și a concluzionat că terțul susținător nu îndeplinește cerința de calificare.

Consiliul constată că printre lucrările aduse în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare, deși în comenzile de lucrări erau menționate lucrări de montarea tâmplăriei din PVC în facturile emise au fost menționate lucrări de tipul *„revizie”, „mentenanță”, „montaj balustradă”,* care nu pot fi reținute ca lucrări similare cu cele stabilite în cerința de calificare.

Contrar susținerilor contestatoarei, comisia de evaluare nu a ignorat comenzile depuse atașat răspunsului la solicitarea de clarificări, însă răspunsul primit și aceste documente nu au fost de natură a înlătura caracterul contradictoriu al informațiilor din DUAЕ și facturile depuse, facturi care fac trimitere la alte tipuri de lucrări.

Pentru a înlătura însă lipsa de credibilitate a documentelor depuse și a răspunsului la solicitarea de clarificări, răspuns care nu a înlăturat suspiciunile cu privire la informațiile și documentele prezentate pentru terțul susținător autoritatea contractantă avea obligația aplicării dispozițiilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul constată, de altfel, că prin răspunsul la solicitarea de clarificări ofertantul contestator a solicitat aplicarea dispozițiilor art. 183 alin. (2), respectiv în cazul în care terțul susținător nu îndeplinește cerința de calificare să-i solicite înlocuirea acestuia, solicitare căreia în mod greșit autoritatea contractantă nu i-a dat curs.

Potrivit art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *„Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă **solicită**, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)“.*

Consiliul constată că legiuitorul a reglementat o astfel de situație stabilind, în mod imperativ, obligația în sarcina autorității de a solicita ofertantului să înlocuiască terțul susținător dacă acesta nu face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare privind capacitatea, ca în prezenta speță.

Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația de a da curs cererii ofertantului de a înlocui terțul susținător care nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară. Refuzul înlocuirii terțului susținător și respingerea ca neîntemeiată a cererii apare ca nefondată în condițiile în care aceasta era obligată să procedeze din proprie inițiativă la solicitarea către ofertant de înlocuire a terțului dacă acesta din urmă nu îndeplinea cerințe de calificare privind capacitatea, în speța analizată fiind vorba de cerința privind experiența similară.

Consiliul constată, de asemenea, că în mod greșit, autoritatea contractantă a apreciat, așa cum susține în punctul de vedere, că pentru a fi în măsură să anticipeze o bună gestionare a fondurilor publice prin diminuarea posibilelor riscuri, a hotărât declararea ofertei depuse de către SC ...SRL ca fiind inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, fără a da curs solicitării acestuia, având în vedere, așa cum s-a arătat anterior, aceasta avea obligația de a solicita înlocuirea terțului susținător și nicidecum respingerea ofertei, cum în mod nelegal a procedat.

În soluționarea cauzei, Consiliul va reține relevante susținerile contestatoarei potrivit cărora nu ofertantul este chemat de legiuitor să formuleze o astfel de cerere, ci autoritățile contractante sunt chemate la modul imperativ de legiuitor să formuleze către ofertant cererea de înlocuire a terțului susținător. Autoritățile contractante nu au un drept de opțiune asupra unei astfel de cereri a ofertantului de a beneficia de dreptul lor privind

înlocuirea terțului, în sensul că nu li se permite de către legiuitor să delibereze asupra unei astfel de cereri, pe care să o aprobe sau nu.

Decizia de înlocuire a terțului în astfel de situații nu este la latitudinea autorităților contractante și nu este luată de acestea funcție de propria lor analiză de oportunitate, ci este la latitudinea ofertantului, legiuitorul statuând în mod expres și imperativ în sarcina autorităților contractante să solicite, o singura dată, înlocuirea subcontractantului.

De asemenea, Consiliul constată că în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a făcut trimitere, în mod greșit, la dispozițiile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acestea reglementând o altă situație respectiv cea referitoare la criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit.g) sau experiența profesională relevantă.

În mod evident aceste prevederi nu au nicio legătură cu criteriile privind experiența similară, cerință care a constituit motivul de respingere a ofertei contestatoarei în prezenta procedură de atribuire.

De asemenea, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta depusă de contestatoare, pentru răspuns neconcludent, iar cu privire la terțul susținător a concluzionat că acesta s-ar afla sub incidența dispozițiilor art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016, respectiv acesta se face *«vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul (...) îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție»*, fără a aduce vreo dovadă în acest sens, ci doar speculații cu privire la acest aspect.

În consecință, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor, autoritatea fiind obligată să facă aplicarea dispozițiilor art. 183 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și să solicite înlocuirea terțului susținător, situație în care va admite contestația formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu .... și va obliga autoritatea contractantă la anularea procesului verbal nr. 17881/11.11.2020 și a actelor subsecvente acestuia, și dispune reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL, conform considerentelor de mai sus.

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

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

### **CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ....

Obligă autoritatea contractantă la anularea procesului verbal nr. 17881/11.11.2020 și a actelor subsecvente acestuia, și dispune reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL, conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei.

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

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

|                    |                |                |
|--------------------|----------------|----------------|
| <b>PREȘEDINTE,</b> | <b>MEMBRU,</b> | <b>MEMBRU,</b> |
| ...                | ...            | ...            |

Redactată în 4 exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.