

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

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.... (transmisă prin e-mail, în aceeași zi), formulată de..., cu sediul în..... nr....., având CUI:... și număr de înregistrare la... J2..., reprezentată legal prin administrator, împotriva Adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.... publicată în SEAP la data de... (pentru loturile:.....), precum și a Raportului procedurii nr...., emise de către autoritatea contractantă, cu sediul în Mun....., nr...., în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului cadru contractului, având ca obiect: „...” cod..., s-a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei depuse de... pentru Loturile 1, 2, 3 și 5, ca fiind inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, actualizată;
- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 1342 din..., publicată în SEAP la data de...;
- anularea Raportului procedurii nr.... din..., publicat în SEAP la data de...;
- anularea tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri de atribuire, aferente etapelor tehnică și financiară;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare a ofertelor de la etapa evaluării tehnice, cu reevaluarea ofertei depuse de... cu respectarea prevederilor legale incidente și a documentației de atribuire.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Preliminar, contestatorul prezintă punctual, pentru fiecare lot contestat, interesul său în formularea prezentei contestații.

Contestatorul susține că, din analiza motivelor invocate în comunicarea rezultatului procedurii și în raportul procedurii rezultă că, pentru toate loturile menționate, autoritatea contractantă a făcut o aplicare eronată a dispozițiilor art. 174 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, precizează că autoritatea contractantă a solicitat să se precizeze experiența similară a subcontractantului propus, iar..., în baza aceluiași dispoziții legale, a dispus respingerea subcontractantului și a solicitat înlocuirea acestuia. Or, arată că respingerea ofertei în

temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 nu poate fi fundamentată pe pretinsa netransmitere a unui răspuns la o solicitare de clarificări care excede cadrului legal al legislației privind achizițiile publice și cerințelor stabilite prin documentația de atribuire.

Contestatorul menționează că, în răspunsul la clarificări a explicat în mod argumentat faptul că experiența similară a fost demonstrată de ofertant, fără ca acesta să se bazeze pe capacitatea subcontractantului.

În continuare, contestatorul redă integral textul clarificărilor și răspunsurilor la acestea.

Concluzionând, contestatorul precizează că solicitarea de a demonstra experiența similară pentru subcontractant sau de a proceda la înlocuirea acestuia este nejustificată și are ca efect restrângerea disproporționată a concurenței.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[...../.....] Contestatie.pdf.p7m” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precum și o parte din dosarul achiziției publice.

Cu privire la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă solicită respingerea acestora, din considerentele mai jos expuse:

Autoritatea contractantă precizează că, potrivit Acordului de subcontractare nr....., depus de ofertantul... cu sediul și punct de lucru Șoseaua..., km ../.. lot , mun...., jud...., acesta, în calitate de subcontractant, va desfășura următoarele activități: - manopera - servicii de întreținere și reparații auto/ serviciile de tractare.

De asemenea, în Acordul de subcontractare, la art. 3 se specifică: „Nu se subcontractează furnizarea pieselor”.

Autoritatea contractantă susține că, din acest acord de subcontractare reiese ca ofertantul... va furniza piesele auto de schimb, iar... va executa serviciile de reparații și întreținere auto pentru autosanitarele unității, la sediul și punctul de lucru menționat.

Având în vedere ca serviciile de reparații urmau a fi executate de către subcontractant și ținând cont că este vorba despre ambulanțe, autoritatea contractată menționează că se impune ca subcontractantul să aibă experiență și capacitate în executarea serviciilor ce urmau a fi contractate.

Subliniază că, neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor finale ce derivă din acceptarea unui subcontractant pentru care... nu a putut prezenta clarificările solicitate (experiența

similara) poate duce la neasigurarea că subcontractantul are capacitatea de a executa contractul în condiții optime.

Astfel, arată că, prin răspunsul de clarificări nr...., ofertatul acesta precizează că nu se bazează pe capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului... și nu transmite niciun document privind experiența acestuia, motiv pentru care, autoritatea contractantă prin adresa nr....., în conformitate cu art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respinge subcontractantul propus și solicită înlocuirea acestuia cu un subcontractant care să poată face dovada capacității tehnice și

profesională cu privire la partea de contract pe care acesta urmează să o îndeplinească, efectiv; prin răspunsul nr...., contestatorul reiterează faptul nu se bazează pe capacitatea acestuia, ci îndeplinește singur cerințele prin propria experiență, fără a da curs solicitării autorității contractante.

Autoritatea contractantă precizează că, fiind în imposibilitatea de a evalua capacitatea tehnică a subcontractantului pentru partea de contract pe care urma să o execute prin netransmiterea răspunsului la solicitările de clarificări și ținând cont că răspunsurile transmise nu au fost concludente, a procedat la declararea ca inacceptabilă a ofertei, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

..., prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite o completare a dosarului achiziției publice, pe suport memory stick.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii - Anexa 1, emisă de..., în cuantum de....

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta pentru toate cele 5 loturi, cu următoarea motivare:

„În cadrul ofertelor depuse pentru toate loturile procedurii menționată mai sus și conform acordului de subcontractare nr.... firma... cu sediu si punct de lucru: Șoseaua..., km 110, tarla 23, parcela 218/4 lot3, mun..., jud.... execute „manopera - servicii de întreținere și reparații auto” și „serviciile de tractare”. Documentele unice de achiziție europene(DUAE) încărcate pentru fiecare lot în parte, pentru subcontractant, nu includ informații privind experiența similară a acestuia. Având în vedere că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului să transmită informații relevante despre capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus cu privire la partea/părțile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv, prevederile art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, actualizată, prin adresa nr..... s-a solicitat ofertantului să specifice experiența similară a subcontractantului. Prin răspunsul ofertantului, adresa nr. 10 din... - Răspuns clarificari, acesta nu comunică experiența similară a subcontractantului. În conformitate cu prevederile art. 174 alin. (2), dacă din informațiile prezentate nu rezultă capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus, necesară pentru părțile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită înlocuirea acestuia-adresa nr.....

Prin adresa nr. 14 din... - Răspuns clarificări, ofertantul nu a transmis datele solicitate pentru subcontractant motiv pentru care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă conform art. 134 alin. (5) din HG 395/2016, actualizată”.

Verificând, la rândul său, legalitatea motivului de respingere menționat anterior, Consiliul va reține că, la secțiunea „III....) Capacitatea tehnică și profesională” din anunțul de participare, autoritatea contractantă a stabilit următoarea cerință minimă de calificare:

„lista principalelor servicii similare prestate în cursul ultimilor 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați (evitarea semnării contractului cu un operator economic care nu are experiență în domeniu). Similaritatea se va evalua raportată la prestarea de servicii de întreținere și reparații auto. La nivelul DUAE trebuie precizate informații cum ar fi: numărul și data contractelor specificate drept experiență similară, prestările executate, valoarea, beneficiarii, data inițiere, data încheiere etc. Documentele justificative pot fi procese verbale de recepție, documente constatatoare, contracte de prestări servicii și/sau alte documente emise sau contrasemnate de client beneficiar sau autorități/entități contractante din care să rezulte prestările executate, valoarea acestora, perioada de execuție. Ultimii 3 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a art. 13 din... nr..... În cazul unei asocieri, cerința minimă se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. Capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului poate fi susținută, pentru îndeplinirea contractului, de un terț/terți, indiferent de natura relațiilor juridice existente între Ofertant și terțul/terții respectiv/respective”.

Pentru demonstrarea acestei cerințe... a prezentat DUAE aflat la pag. 53-56 din dosarul achiziției (numerotarea olografă) în care a enumerat, la secțiunea „C: Capacitatea tehnică și profesională”, mai multe contract derulate anterior.

Totodată, se reține că, la pag. 1 din DUAE (pag. 53 din dosarul achiziției)... a menționat că participă la procedură cu ofertă individuală și va avea ca subcontractant pe..., pentru care a depus DUAE aflat la pag. 57-59, numerotarea olografă.

La fila 62 din dosarul achiziției se regăsește acordul de subcontractare nr...., încheiat între... și... potrivit căruia acesta din urmă va desfășura activitățile de „manoperă - servicii de întreținere și reparații auto” și „servicii de tractare”, cu mențiunea că nu se subcontractează furnizarea pieselor auto.

În etapa de verificare a declarațiilor DUAE, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr..... (pag. 211 din dosarul achiziției), având următorul conținut:

„Referitor la DUAE, depusă în cadrul anunțului de participare (...) pentru subcontractantul propus, respectiv..., la punctul C. Capacitatea tehnică și profesională din... de selecție, nu a fost precizată experiența similară conform solicitării din documentația de atribuire.

Ca urmare, vă rugăm să retransmiteți un DUAE rectificativ în care să specificați experiența similară a subcontractantului propus”.

... a răspuns la solicitarea anterior menționată prin adresa nr..... (pag. 213-213), în care a menționat că respectă cerința stipulată privind experiența similară din anunțul de participare prin prezentarea experienței similare de către ofertantul..., că este suficientă, conform

legislației din domeniul achizițiilor publice, prezentarea experienței similare de către ofertant, neexistând obligația ca subcontractantul să facă dovada capacității tehnice și profesionale, în situația în care, ofertantul nu se bazează pe capacitatea acestuia, că nu se bazează pe capacitatea subcontractantului, astfel încât, să fi fost necesară indicarea acesteia în DUAЕ, că autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși, aceștia neavând obligația de a demonstra capacitatea tehnică sau profesională, indiferent de cota de implicare în contract și că solicitarea de completare a

experienței similare pentru subcontractant nu rezultă din cerințele documentației de atribuire.

Urmare a recepționării acestui răspuns, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr..... (pag. 214) prin care i-a solicitat înlocuirea subcontractantului, motivând această solicitare prin susținerea că ofertantul nu a depus documente din care să rezulte experiența similară a subcontractantului, astfel cum i-a solicitat prin corespondența de mai sus.

... a răspuns la această nouă solicitare prin adresa nr..... (filele...), în finalul căreia, solicită autorității contractante să accepte subcontractantul propus, motivat, în principal, de faptul că, oferta depusă respectă cerințele privind capacitatea.

..., autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului pentru toate cele 5 loturi, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, pe motiv că „nu a *transmis datele solicitate pentru subcontractant*”.

Consiliul nu va putea reține ca întemeiat acest motiv de respingere, având în vedere faptul că cerința privind experiența similară, din anunțul de participare, nu solicită demonstrarea experienței similare de către subcontractanți, ci, de către ofertant.

Conform art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „*autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv*”, însă, pentru a fi opozabilă ofertanților, o astfel de cerință ar fi trebuit prevăzută explicit în anunțul de participare astfel cum dispun prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Or, prin anunțul de atribuire, autoritatea contractantă nu a făcut o astfel de diferență, motiv pentru care nu avea dreptul, în etapa de evaluare, să solicite demonstrarea experienței similare de către subcontractant.

Consiliul reține că prevederile documentației de atribuire, inclusiv cerințele de calificare privind experiența similară și modalitatea de dovedire a acestora, din anunțul de participare, sunt obligatorii atât pentru operatorii economici, în etapa de elaborare a ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 1... alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În plus, Consiliul reține că, potrivit prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, „*Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în*

contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens".

Din analiza prevederilor legale reproduse anterior, Consiliul reține că, în cazul prezentei proceduri, pentru care NU a fost prevăzută în anunțul de participare nicio cerință ca *ofertantul să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv*, autoritatea contractantă ar fi avut dreptul să verifice experiența similară a

subcontractantului numai dacă ofertantul s-ar fi prevalat de aceasta pentru îndeplinirea cerinței respective.

Într-o astfel de situație, autoritatea contractantă ar fi putut, de exemplu, să constate că experiența similară din DUAE depus de contestator nu este suficientă și să solicite înlocuirea subcontractantului.

Prin urmare, prevederile art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care dau posibilitatea înlocuirii subcontractantului ar fi fost aplicabile dacă ofertantul s-ar fi bazat pe experiența similară a acestuia, iar, înscrisurile depuse pentru subcontractant nu ar fi fost suficiente.

În mod evident, într-o astfel de situație, refuzul înlocuirii subcontractantului ar fi condus la constatarea neîndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, situație reglementată la art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Or, situația din prezenta speță este complet diferită în sensul că, pe de o parte, autoritatea contractantă nu a solicitat prin anunțul de participare informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși iar, pe de altă parte, nici... nu a invocat experiența similară a subcontractantului pentru completarea propriei sale experiențe similare, situație relevantă de faptul că autoritatea contractantă nu a invocat prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 în adresa de respingere a ofertei contestatorului.

Consiliul va mai reține și faptul că prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, invocate de autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, nu pot fi aplicate în mod arbitrar cu privire la orice solicitare a comisiei de evaluare ci trebuie interpretate în contextul prevăzut la alin. (1) al aceleiași norme juridice, conform căruia solicitările de clarificări sunt acele informații și înscrisuri necesare evaluării ofertei sau, altfel spus, acele informații fără de care nu este posibilă evaluarea ofertelor în forma în care au fost depuse în SEAP, ceea ce nu este cazul în situația experienței similare a contestatorului, pentru care existau în DUAE informații care puteau fi evaluate.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 1... alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei..., cu un formalism excesiv, raportat la prevederile documentației de atribuire și legislația incidentă și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea verificării ofertei sale este fondată, urmând să fie admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările

ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor... pentru toate cele 5 loturi, de la etapa de verificare a experienței similare din declarația DUAE, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a considerentelor prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
DECIDE:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor... pentru toate cele 5 loturi, de la etapa de verificare a experienței similare din declarația DUAE, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a considerentelor prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

...

Consilier de soluționa

...

... ..

...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini