CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., str. …, județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. …, având CIF ....., atribut fiscal RO…, reprezentată legal de dl. ..... – administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. ……. emisă de ....., cu sediul în ....., str. …, sector ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „.....”, coduri CPV 34130000-7 - Autovehicule pentru transportul de mărfuri (Rev.....), 50110000-9 - Servicii de reparare și de întreținere a autovehiculelor și a echipamentelor conexe (Rev.....), 66514110-0 - Servicii de asigurare a autovehiculelor (Rev.....), 66516100-1 - Servicii de asigurare de răspundere civilă auto (Rev.....), s-a solicitat anularea actului autorității contractante de declarare și respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, continuarea procedurii și obligarea autorității contractante la (re)evaluarea ofertei sale.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestația formulată în cauză.

Prin aceasta se critică decizia autorității contractante, referitoare la motivul de respingere că nu ar fi completat DUAE separat pentru

subcontractant, pe considerentul că potrivit fișei de date, autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unui DUAE separat pentru subcontractant în ipoteza în care ofertantul nu se bazează pe capacitățile subcontractantului, pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și selecţie.

Contestatoarea menționează că în DUAE depus a indicat în Partea a II-a, secţiunea C (pagina 4 din DUAE), în mod expres (prin bifarea căsuţei *"NU"*), faptul că nu utilizează / nu se bazează pe capacitățile subcontractantului, pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și de selecţie. Arată că autoritatea contractantă a fost în eroare și a reținut, în mod greşit, că s-ar baza pe capacitățile subcontractantului pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și de selecţie, deși arată că a menționat, în mod expres, exact contrariul.

Critică interpretarea dată de autoritatea contractantă, referitor la faptul că, prin încheierea acordului de subcontractare, contestatoarea ar utiliza capacitățile subcontractantului pentru îndeplinirea criteriilor de calificare, ceea ce ar fi greşit, fiind rezultatul unei interpretări eronate a prevederilor acordului de subcontractare.

Obiectul acordului de subcontractare constă în faptul că a autorizat societatea … SRL să acţioneze ca subcontractant - broker de asigurare, pentru a obţine, pe baza informaţiilor pe care clientul le va furniza, oferte de asigurare pentru asigurări CASCO și RCA, conform cu necesitățile, cu privire la licitația organizată de ....., anunţ SEAP ...../.....

Astfel, obiectul subcontractării îl reprezintă obţinerea de către subcontractant de oferte de asigurare CASCO și RCA, să intermedieze în vederea încheierii contractelor de asigurare și să reprezinte contestatoarea în relaţia cu asigurătorii.

Referitor la folosirea termenului de *„subcontractant"* declarat inclusiv în documentaţia depusă în cadrul procedurii, contestatoarea arată că prezintă importanță doar faptul că, așa cum a declarat prin DUAE, că nu utilizează și nu se bazează pe capacitățile subcontractantului nominalizat pentru îndeplinirea criteriilor de calificare si selecţie.

Autoritatea contractantă a susținut că, societatea contestatoare ar folosi pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și de selecţie acreditarea brokerului de a emite poliţe de asigurare și pe cale de consecinţă ar fi trebuit să depună un formular DUAE pentru ... SRL.

Față de această susținere, contestatoarea arată că autoritatea contractantă face o confuzie între obiectul contractului și cerinţele de calificare. Pentru realizarea unei părți din viitorul contract de achiziţie (respectiv serviciile referitoare la asigurările RCA și CASCO) subscrisa a nominalizat subcontractantul ... SRL, însă susține că, nu utilizează capacitățile subcontractantului pentru îndeplinirea criteriilor de calificare, neputand fi pus semnul egalității între serviciile care fac obiectul contractului și cerinţele de calificare.

Astfel, arată că, nu utilizează capacitățile subcontractantului pentru îndeplinirea criteriilor de calificare menţionaţi în fișa de date a achiziţiei, respectiv, nu se bazează pe indicatorii financiari (cifra de afaceri, solicitată

prin fișa de date) ai subcontractantului pentru îndeplinirea criteriului de calificare privind cifra de afaceri totală anuală de 350.000 Euro. La fel, nu utilizează experienţa similară a subcontractantului pentru îndeplinirea criteriului de calificare privind livrarea unor produse similare (autoutilitare) în valoare cumulată de minim 330.000 Euro).

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere prin adresa nr. 24290 / DCP / 26.09....., înregistrat la Consiliu sub nr. 40260 / 26.09....., prin care solicită respingerea contestației ..... SRL ca nefondată.

Autoritatea arată că, în condițiile în care însăși contestatoarea a depus un acord de subcontractare, privind intermedierea unor servicii de asigurare, acest fapt reprezintă o dovadă că societatea de asigurări are calitatea de subcontractant al contestatoarei și că este evident că acesta s-ar folosi pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție de capacitățile subcontractantului, respectiv de acreditarea brokerului de a emite polițe de asigurare.

Contestatoarea a formulat concluzii scrise prin adresa nr. 422/27.09....., înregistrată la Consiliu sub nr. 40860/28.09.....

Referitor la afirmația autorității contractante că s-ar fi cerut ofertanților să dețină dreptul de a emite polițe de asigurare, contestatoarea afirmă că este o susținere eronată, în condițiile în care prin documentația de atribuire nu s-a impus ca ofertanții să dețină calitatea de broker de asigurare sau să dovedească deținerea autorizației în domeniul asigurărilor.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

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

În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată a contractului de furnizare este de 356.670 EURO, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Conform procesului –verbal nr. 1 al ședinței de evaluare au fost acceptați în SEAP în secțiunea „evaluare” trei operatori economici, între care și ..... SRL, a cărui ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, urmare a finalizării fazei de verificare – analiză DUAE.

Împotriva acestui rezultat, pentru motivele expuse mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, ofertantul a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

După cum reiese din comunicarea nr. 3532/DRD/18.09....., oferta ..... a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (.....) litera b din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile fișei de date a achiziției cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei … «Un operator economic care participă pe cont propriu, dar se bazează pe capacitățile uneia sau mai multor entități (terți susținători/subcontractanți) este

răspunzător pentru depunerea în cadrul procedurii a propriului său DUAE, precum și a câte un DUAE separat pentru fiecare dintre entitățile pe care se bazează…» deoarece nu ați completat DUAE pentru subcontractantul declarat Verasig Broker de Asigurare SRL.

De menționat este faptul că, în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.....1.b) Capacitatea de exercitare a capacității profesionale, s-a menționat că operatorii economici ce depun oferta trebuie sa dovedeasca o forma de inregistrare in conditiile legii din tara de rezidenta, sa reiasa ca operatorul economic este legal constituit, ca nu se afla in niciuna dintre situatiile de anulare a constituirii precum si faptul ca are capacitatea profesionala de a realiza activitatile care fac obiectul contractului.

Prin secțiunea III.....1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului" a fost precizată următoarea regulă: Operatorii economici participanti la procedura – ofertant, ofertant asociat, subcontractant, tert susținator – nu trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute la art. 164, art. 165 si art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice. Modalitatea de îndeplinire: „Completare DUAE" de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire cu informatiile aferente situatiei lor, urmând ca la finalizarea evaluarii ofertelor autoritatea contractanta sa solicite ofertantului clasat pe primul loc urmatoarele documente justificative (…):

Demn de reținut este faptul că, așa cum rezultă din cele relatate în caietul de sarcini, obiectul contractului constă în achiziția de autoutilitare *7,5 to* inclusiv a **serviciilor de asigurare RCA pentru 12 luni și a serviciilor de asigurare facultativă CASCO**.

Examinând oferta depusă de ..... SRL, Consiliul stabilește că la nivelul DUAE la Partea II „Informații privind operatorul economic", lit. D „Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează" – la întrebarea „operatorul economic intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?", ofertantul a bifat „DA", iar la întrebarea dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși a fost nominalizat … SRL – partea de RCA și CASCO.

A fost depus acordul de subcontractare, datat 28.08....., încheiat între ..... SRL, denumită „clientul" și ….. SRL denumită „Subcontractantul" sau „Brokerul", în cuprinsul căruia se menționează: Clientul autorizează societatea … SRL să acționeze ca și subcontractant – broker de asigurare, pentru a obține pe baza informațiilor pe care Clientul le va furniza, oferte de asigurare pentru asigurări CASCO și RCA, conform cu necesitățile la licitația organizată de ....., anunț SEAP ..... publicat la ..... (denumită în continuare „procedura de achiziție"), în condițiile și conform termenelor prevăzute în caietul de sarcini din cadrul procedurii de achiziție, precum și să intermedieze, în vederea încheierii contractelor de asigurare și să reprezinte Clientul în relațiile cu asiguratorii în baza acestui acord. … SRL va reprezenta interesele Clientului în domeniul asigurărilor, în

legătura cu procedura de achiziție mai sus menționată, în cazul în care oferta Clientului va fi desemnată câștigătoare a procedurii de achiziție.

Condițiile comerciale vor fi convenite prin contractul care se va încheia între părți.

Totodată, au fost semnate de către subcontractantul ... SRL *declarația privind evitarea conflictului de interese potrivit art. 59 și 60 din Legea nr. 98/2016 și privind neîncadrarea în cazurile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016,* precum și o *declarație privind sănătatea și securitatea în muncă*.

Așadar, după cum petenta recunoaște, aceasta a declarat un subcontractant, cu care a încheiat acordul de subcontractare, pe care l-a depus în cadrul documentelor ofertei, dar nu a prezentat DUAE completat de către subcontractantul nominalizat, considerând că o astfel de declarație nu era necesară, pe motiv că nu se bazează pe capacitățile respectivului subcontractant pentru îndeplinirea cerințelor minime de calificare și selecție.

În acest context, Consiliul reține definiția noțiunii de subcontractant, regăsită la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016: *subcontractant - **orice operator economic** care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi **care execută** şi/sau furnizează **anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică**, răspunzând în faţa contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.*

Consiliul se va raporta și la următoarele dispoziții legale incidente:

- Anexa 1 – „Instrucțiuni”, paragraful al 3-lea, a Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic conform căruia: „Atunci când pregătesc documentele achiziției pentru o anumită procedură de achiziții publice, autoritățile contractante și entitățile contractante trebuie să indice în invitația la o procedură concurențială de ofertare, în documentele achiziției menționate în invitația la procedura concurențială de ofertare sau în invitațiile de confirmare a interesului informațiile pe care le vor solicita operatorilor economici, inclusiv o declarație explicită în care să precizeze dacă informațiile prevăzute în părțile II și III(.....) ar trebui sau nu furnizate în ceea ce privește subcontractanții pe capacitățile cărora nu se bazează operatorul economic(3)”;

- art. 170 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia: *„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 în legătură cu subcontractanţii propuşi.* (3) *În scopul verificării prevăzute la alin. (1), **subcontractantul completează declaraţia pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situaţiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire***”.

Se constată astfel că pentru orice tip de subcontractanți, fără vreo distincție, este impusă prin lege, obligația acestora de completare a declaraţiei pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, obligație care a fost, în mod expres, impusă și prin pct. III.....1.a) „Situatia personală a candidatului sau ofertantului" al fișei de date a achiziției.

Este adevărat că ofertantul a prezentat pentru subcontractantul propus, așa cum mai sus s-a arătat, o declarație privind evitarea conflictului de interese și neîncadrarea în cazurile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, semnată de către subcontractat, însă prin **neprezentarea DUAE** pentru subcontractant, conform celor expres prevăzute de autoritate *(modalitatea de îndeplinire **„Completare DUAE"**)* – *„**DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată**, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii: a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167 (...)"* [art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016], comisia de evaluare era obligată la respingerea respectivei oferte.

În aprecierea Consiliului, declarația prezentată nu suplinește lipsa completării DUAE, obligație expres prevăzută de lege.

Or, prin dispozițiile alin. (.....) al art. 209 din Legea nr. 98/2016, îi este interzisă autorității contractante solicitarea de clarificări și/sau completări ale ofertei în măsură în care determină apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

În acest sens, sunt aduse în discuție prevederile art. 137 alin. (.....) lit. b) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora, în cazul în care o ofertă 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 cerințele stabilite de entitatea contractantă, respectiva ofertă este considerată inacceptabilă.

Este evident, date fiind prescripțiile documentației de atribuire referitoare la serviciile de asigurare RCA și de asigurare facultativă CASCO, faptul că acestea reprezintă o parte a contractului și, în fapt, potrivit celor depuse în cadrul ofertei, că … SRL va executa această parte a contractului, urmând a răspunde în fața ..... SRL pentru activitatea desfășurată.

Într-o speță similară, Curtea de Apel Ploiești, prin decizia nr. 1313 din 12 iulie ....., a statuat: Pentru acești subcontractanți, cu care a încheiat acorduri de subcontractare pe care le-a depus în cadrul documentelor ofertei, petenta nu a prezentat DUAE-uri completate de către subcontractanții nominalizați, considerând că astfel de declarații nu erau necesare, pe motiv nu se bazează pe capacitățile niciunuia dintre respectivii subcontractanți pentru îndeplinirea cerințelor minime de calificare [...].

Curtea constată că, în mod just, autoritatea contractantă și Consiliul au apreciat că petenta nu a respectat cerința din fișa de date a achiziției pct. III.....1 („Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie sa se regăsească în situațiile prevăzute la art. 59-60, 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Pentru îndeplinirea cerinței se va

prezenta DUAE constând în declarația pe propria răspundere cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare conform cărora aceștia nu se încadrează în prevederile art. 59-60, 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.”), deoarece, potrivit prevederilor art. 170 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși, iar în scopul acestei verificări, subcontractanții completează declarația pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.

Neprezentând DUAE pentru subcontractanții propuși, petenta a încălcat prevederile anterior menționate, preluate din Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, cu caracter de obligativitate pentru orice tip de subcontractanți, fără vreo distincție.

Contrar celor susținute de autoarea contestației, în cazul de față, ... ASIGURARE SRL fiind declarat subcontractant, se impunea prezentarea DUAE și pentru subcontractantul respectiv.

Totodată, deși ofertantul susține că nu se bazează pe capacitățile subcontractantului, se naște întrebarea cum este îndeplinită cerința privind capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, având în vedere că activitatea privind serviciile de asigurare RCA și de asigurare facultativă CASCO este realizată de subcontractantul ... ASIGURARE SRL.

În concluzie, … ASIGURARE SRL îndeplinind condițiile pentru deținerea acestei calități în prezenta procedură de atribuire după cum declară și ofertantul ..... SRL, Consiliul va achiesa la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de inacceptabilitate a ofertei pentru lipsa DUAE pentru subcontractantul declarat.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu .....

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,**

..... **.....**

OPINIE SEPARATĂ

Contrar soluţiei exprimată de majoritatea membrilor completului - de respingere ca nefondată a contestaţiei formulată de ..... SRL, în ceea ce mă priveşte, opinez că aceasta nu este în concordanţă cu principiile, dispoziţiile legale în vigoare, precum și cu rigorile documentației de atribuire, având în vedere următoarele considerente.

- În susținerea motivelor de excludere, autoritatea contractantă, în punctul de vedere, face referire la Partea IV: Criteriile de selecție, din DUAE: «Mai mult, în cadrul formularului DUAE, capitolul C **Capacitatea tehnică și profesională** este specificat *"Vă rugăm să rețineți că, în cazul în care operatorul economic a decis să subcontracteze o parte din contract și se bazează pe capacitățile subcontractantului pentru executarea părții respective, trebuie să completați DUAE separat pentru astfel de subcontractanți; a se vedea partea II secțiunea C de mai sus" ».*

Prin această argumentare autoritatea contractantă înțelege că ofertantul a nominalizat subcontractantul ... ASIGURARE SRL pentru îndeplinirea cerințelor privind **Capacitatea tehnică și profesională.**

Însă ofertantul a nominalizat acest subcontractant în DUAE, în *Partea II: Informații referitoare la operatorul economic/ secțiunea D: Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează,* respectiv pentru îndeplinirea părții din contract referitoare la serviciile de asigurare RCA și CASCO.

Autoritatea contractantă recunoaște faptul că subcontractantul a fost inclus în ofertă pentru îndeplinirea activităților din contract, în baza dreptului operatorului ... ASIGURARE SRL de a derula activități de asigurare și nu pentru îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică.

Aceast drept al unei persoane juridice de a oferi anumite servicii pe piată nu se regăsește în niciuna dintre cerințele privind capacitatea tehnică şi profesională, instituite de art. 179 din Legea nr. 98/2016.

În conformitate cu dispozițiile art. 179 din Legea nr. 98/2016:

Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:

a) *o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoţită de certificate de bună execuţie pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă;*
b) *lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor şi a beneficiarilor publici sau privaţi; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă;*

c) *indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din organizaţia operatorului economic, în special a celor care răspund de controlul calităţii şi, în cazul contractelor de achiziţii publice de lucrări, a celor aflaţi la dispoziţia contractantului în vederea executării lucrărilor;*
d) *descrierea facilităţilor tehnice şi a măsurilor utilizate de operatorul economic în vederea asigurării calităţii şi a facilităţilor sale de studiu şi de cercetare;*
e) *precizarea sistemelor de management şi de trasabilitate din cadrul lanţului de aprovizionare pe care operatorul economic le va putea aplica pe parcursul executării contractului;*
f) *în cazul în care produsele sau serviciile care urmează să fie furnizate sunt complexe sau, cu caracter excepţional, sunt destinate unui scop special, rezultatele unui control efectuat de autoritatea contractantă sau, în numele acesteia, de un organism oficial competent din ţara în care este stabilit operatorul economic, sub rezerva acordului respectivului organism, care vizează capacităţile de producţie ale operatorului economic care furnizează produsele sau capacitatea tehnică a operatorului economic care prestează serviciile şi, dacă este necesar, facilităţile de studiu şi de cercetare care sunt la dispoziţia acestuia şi măsurile de control al calităţii pe care acesta urmează să le aplice;*
g) *calificările educaţionale şi profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare;*
h) *precizarea măsurilor de management de mediu pe care operatorul economic le va putea aplica pe parcursul executării contractului;*
i) *o declaraţie cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări şi numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani;*
j) *o declaraţie cu privire la utilajele, instalaţiile şi echipamentele tehnice la dispoziţia operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului;*
k) *precizarea părţii/părţilor din contract pe care operatorul economic intenţionează să o/le subcontracteze;*
l) *eşantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorităţii contractante;*
m) *certificate emise de institute oficiale responsabile cu controlul calităţii sau organisme cu competenţe recunoscute, care atestă conformitatea produselor care urmează a fi livrate, identificată în mod clar prin trimitere la specificaţii tehnice sau standarde.*

Dreptul unui operator economic de a se baza pe capacitatea unei alte entități este statuat, în primul rând, de către Directiva nr. 24/2016 prin **art. 63 Utilizarea capacităților altor entități**: (1) În ceea ce privește **criteriile referitoare la situația economică și financiară** stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și **criteriile privind capacitatea tehnică și profesională** stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), **un operator economic poate**, dacă este cazul și pentru un anumit contract, **să recurgă la capacitățile altor entități**, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la **calificările educaționale și profesionale** stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.”

Aceste prevederi se regăsesc (cu același înțeles, dar în alți termeni) în Legea nr. 98/2016 la:

- *art. 182 alin. (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică/acord-cadru, să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi.*
- *art. 172 alin. (4) Legea nr. 98//2016 Autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.*

Așadar, ofertantul se poate baza pe capacitățile unei alte entități **doar** în ceea ce privește **situația economică și financiară, capacitatea tehnică și profesională, calificările educaționale și profesionale.**

În concluzie, *Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale* nu se regăsește printre capacitățile unei alte entități pe care se poate baza un ofertant.

Astfel, interpretarea autorității contractante precum că ..ASIGURARE SRL ar avea rolul de subcontractant pe capacitățile căruia se bazează ofertantul (concluzie ce rezidă din dreptul de a derula activități de asigurare, respectiv prin capacitatea de exercitare *a activităţii profesionale)* este eronată.

Astfel, așa cum a declarat și ofertantul (declarație întemeiată și pe reglementările în domeniul achizițiilor publice), ...ASIGURARE SRL nu este un subcontractant (o entitate) pe capacitățile căreia să se bazeze ofertantul.

- În ceea ce privește respingerea pe motiv că ofertantul nu a prezentat un DUAE pentru subcontractantul … ASIGURARE SRL, ofertantul a respectat dispozițiile din Fișa de date aferentă anunțului de participare nr. ..... și pe cele din formularul DUAE.

La **capitolul IV.4 Prezentarea ofertei/ IV.4.3/ Modul de prezentare a ofertei**, autoritatea contractantă a stabilit documentele pe care trebuie să le depună ofertanții:

- *Un operator economic care participa pe cont propriu si **care nu se bazeaza pe capacitatile altor entitati** pentru a îndeplini criteriile de calificare si selectie va completa un singur DUAE.*
- *Un operator economic care participa pe cont propriu, **dar se bazeaza pe capacitatile uneia sau mai multor alte entitati** (terti sustinatori/subcontractanti) este rapunzator pentru depunerea în cadrul procedurii a propriului sau DUAE, precum si a câte un DUAE separat pentru fiecare dintre entitatile pe care se bazeaza.*

Autoritatea în mod corect a menționat această distincție în anunțul de participare/fișa de date, fiind o preluare din condițiile de prezentare și completare a DUAE - Anexa 1 – „Instrucțiuni”, paragraful al 3-lea, a *Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic* conform căruia:

„Atunci când pregătesc documentele achiziției pentru o anumită procedură de achiziții publice, autoritățile contractante și entitățile contractante trebuie să indice în invitația la o procedură concurențială de ofertare, în documentele achiziției menționate în invitația la procedura concurențială de ofertare sau în invitațiile de confirmare a interesului informațiile pe care le vor solicita operatorilor economici, inclusiv o declarație explicită în care să precizeze dacă informațiile prevăzute în părțile II și III (.....) ar trebui sau nu furnizate în ceea ce privește subcontractanții pe capacitățile cărora nu se bazează operatorul economic (cu trimitere la nota de subsol 3 din Regulamentul nr. 7/2016 în care se redă art. 71 din Directiva nr. 24/2016, transpus în Legea nr. 98/2016 în art. 218).

De asemenea, în DUAE, la *Partea II: Informații referitoare la operatorul economic/ secțiunea D: Informații privind subcontractanții pe capacitățile cărora nu se bazează operatorul economic* se menționează: *”vă rugăm **să furnizați informațiile** solicitate în secțiunile A și B din această parte și din partea III”.*

Astfel, ofertantul și operatorul au respectat dispozițiile documentației de atribuire și pe cele din DUAE, **furnizând informațiile** solicitate, nefiind cerut un DUAE.

De asemenea, respectarea documentației de atribuire constituie o obligație impusă de art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *”Ofertantul **elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire** şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile.”*

Obligația prezentării DUAE și de către operatorul pe capacitățile căruia se bazează ofertantul sunt stabilie prin art. 59 din Directiva nr. 24/2015 Documentul european de achiziție unic alin. (1) teza .....: În cazul în care operatorul economic se bazează pe capacitățile altor entități, în conformitate cu articolul 63, DEAU include, de asemenea, informațiile menționate la primul paragraf de la prezentul alineat cu privire la entitățile respective.

Dar în cazul de față nu este *vorba despre un subcontractant pe capacitățile căruia se bazează ofertantul.*

Pe de altă parte, dacă am accepta obligația prezentării DUAE, sancțiunea respingerii ofertantului pentru lipsa DUAE este neîntemeiată, din următoarele considerente:

- în conformitate cu dispozițiile art. 170 alin. (1) din Legea nr. 98/2016*: "Autoritatea contractantă are **obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere** prevăzute la art. 164, 165 şi 167 în legătură cu subcontractanţii propuşi."*

În respectarea acestei condiții, ofertantul a prezentat din partea subcontractantului *Declarația privind **evitarea conflictului de interese** potrivit art. 59 și 60 din Legea nr. 98/2016 și privind **neîncadrarea în cazurile prevăzute la art. 164, 165 și 167** din Legea nr. 98/2016,* precum și o *declarație privind sănătatea și securitatea în muncă*.

Astfel, autoritatea contractantă **are la îndemână toate informațiile pentru verificarea inexistenței** situațiilor de la art. 164, 165 şi 167 pentru subcontractant, dar și de la art. 59 și 60 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește respingerea pentru neprezentarea DUAE (care se deduce din dispozițiile de la 170 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, intervine*: "În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declaraţia pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situaţiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.")* acest text de lege **a fost dat în sprijinul** art. 170 alin. (1) și nu trebuie interpretat, sub nicio formă, separat de alin. (1).

Interpretarea art. 170 alin. (3) trebuie relizată în sensul art. 170 alin. (1)– *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*, pentru a se permite posibilitatea de aplicare și nu să motiveze imposibilitatea aplicarii ei.

În conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr.7/2016, rolul DUAE este de *"**reducere a sarcinii administrative** pentru autoritățile contractante, entitățile contractante și operatorii economici, mai ales pentru întreprinderile mici și mijlocii. Un element-cheie al acestui efort este documentul european de achiziție unic (DEAU). Prin urmare, **formularul standard pentru DEAU ar trebui să fie elaborat în așa fel încât să se evite necesitatea de a produce un număr semnificativ de certificate** sau alte documente legate de criteriile de excludere și de selecție. Având în vedere același obiectiv, formularul standard ar trebui **să furnizeze,** totodată, **informații relevante** cu privire la entitățile pe ale căror capacități se bazează operatorul economic, **astfel încât verificarea informațiilor respective să poată fi efectuată în același timp** cu verificarea referitoare la principalul operator economic și în aceleași condiții."*

Având în vedere rolul esențial pentru care a fost creat DUAE (DEAU), respectiv de a permite o verificare rapidă a informațiilor fără prezentarea documentelor/certificatelor doveditoare, și faptul că ofertantul a prezentat o declarație cu toate informațiile necesare, autoritatea contractantă avea la îndemână toate cele necesare calificării ofertantului.

Diferența dintre DUAE și declarația pe propria răspundere dată de subcontractantat este doar de formă, întrucât în declarație se regăsesc toate informațiile necesare solicitate de autoritate și de DUAE: neîncadrarea în motivele de excludere, date privind capacitatea de exercitare a activității

profesionale (menționate în antetul declarației), evitarea conflictului de interese.

În vederea îndeplinirii contractului, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că acest subcontractant nu se află în niciunul dintre motivele de excludere.

Or, nici în lege și nici în fișa de date, nu există drept criteriu de calificare *Neprezentarea DUAE.*

Din contra, legiuitorul a impus prin Legea nr. 98/2016, prin art. 163: *"Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire **numai** criterii de calificare şi selecţie referitoare la:*

a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;

b) capacitatea candidatului/ofertantului."

DUAE este doar o dovadă preliminară **<u>în locul</u>** certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi (art. 193 alin. (1) Legea nr. 98/2016).

Sancțiunea invocată de autoritatea contractantă (art. 137 alin. (.....) „În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă" nu trebuie analizată fragmentat, în sensul că se respinge oferta dacă nu a fost depus DUAE.

Sensul dispozițiilor de la art. 137 alin. (.....) lit. b) obligă la evaluarea criteriilor de calificare.

În situația în care autoritatea contractantă ar fi avut la îndemână doar DUAE, iar din acest document nu ar fi rezultat modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, ar fi avut obligația respingerii pe motiv de necompletare *DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.*

Dacă legiuitorul ar fi dorit o <u>excludere formală, doar pe simpla neprezentare a DUAE, deși operatorul a prezentat documente</u> din care rezultă modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, ar fi trebuit să regăsim în lege și normele de aplicare o astfel de prevedere.

Dacă autoritatea ar fi avut o neclaritate, cauzată de neînțelegerea modului de îndeplinire a cerințelor de calificare, ar fi trebuit să apeleze la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: "*În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei."*

Dar din declarație rezultă clar modul de respectare a cerințelor de calificare.

Dacă autoritatea contractantă consideră necesară depunerea unui DUAE și din partea subcontractantului Verasig Broker de Asigurare SRL, are

dreptul, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 să solicite acest document.

În concluzie, respingerea ofertei este eronată, comisia de evaluare dând dovadă de un formalism excesiv, fără legătură cu modul de îndeplinire a cerințelor de calificare, în acest sens, ignorând declarația pe propria răspundere prin care se face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare. Comisia de evaluare deținând toate informațiile (menționate în declarația subcontractantului în cauză), poate evalua modul de îndeplinire a cerințelor de către acesta în lipsa DUAE.

În consecință, motivul de excludere menționat în adresa de comunicare nr. 3532/18.09..... de respingere a ofertei depusă de ..... SRL, "oferta este declarată inacceptabilă în baza art. 137 alin. (.....) din HG nr. 395/2016" coroborat cu prevederile fișei de date a achiziției cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei … «Un operator economic care participă pe cont propriu, dar se bazează pe capacitățile uneia sau mai multor entități (terți susținători/subcontractanți) este răspunzător pentru depunerea în cadrul procedurii a propriului său DUAE, precum și a câte un DUAE separat pentru fiecare dintre entitățile pe care se bazează…» deoarece nu ați completat DUAE pentru subcontractantul declarat … Asigurare SRL, încalcă prevederile legii precum și cele ale fișei de date.

Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să admită contestația ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., cu consecința anulării procesului-verbal nr. ..... al ședinței de evaluare nr. 3530/18.09....., a adresei de comunicare nr. 3532/18.09..... de respingere a ofertei depusă de ..... SRL și reevaluarea ofertei contestatoarei.

Pentru toate aceste raţiuni, nu am putut subscrie la opinia majorităţii, considerând, totodată, necesar să formulez prezenta opinie separată.

MEMBRU,

……