



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

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

DECIZIE

Nr. 2028/C3/2229

Data: 12.11.2019

Prin contestația nr.4655/21.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42254/22.10.2019, înaintată de SA, în calitate de lider al Asocierii SA – SRL, cu sediul în, județul, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, prin reprezentant legal administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate organizate în vederea atribuirii unui contract de lucrări, având ca obiect "Modernizare străzi în, județul – Etapa I", inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1047297, publicat în SEAP la 03.07.2019, de, cu sediul în, str. Calea Sucevei, nr. 98, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

1. "admiterea elementelor contestației și anularea actelor de procedură contestate;
2. reluarea încadrării clarificărilor transmise de către Asocieria SA – SRL;
3. anularea adresei orașului nr. 10737/15.10.2019 prin care oferta Asocierii SA – SRL a fost respinsă ca inacceptabilă;
4. reevaluarea ofertei Asocierii și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, respectiv a ofertei Asocierii și constatarea acesteia ca fiind în conformitate cu cerințele documentației de atribuire;
5. declararea ofertei Asocierii ca fiind acceptabilă și, în consecință, evaluarea ofertei raportat la documentația de atribuire;
6. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de Asocieria și de Asocieria și constatarea inadmisibilității acestora;

7. obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin aplicarea, în mod corespunzător, a criteriului de atribuire și atribuirea contractului de achiziție publică, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii”.

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

Prin contestația nr.4655/21.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42254/22.10.2019, ... SA atacă rezultatul procedurii (mai sus amintită), considerând că sunt încălcate principiile concurenței, concurența este restricționată, iar decizia comisiei de evaluare, de a respinge oferta sa, este, în opinia acestuia, susceptibilă de nereguli.

Prin adresa nr. 10737/15.10.2019, autoritatea contractantă i-a comunicat contestatorului rezultatul procedurii, aducându-i la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, iar pe cale de consecință a fost respinsă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul arată că, în data de 08.08.2019, a primit o solicitare de clarificări, prin care i s-a solicitat să indice procentul de subcontractare aferent acordului de subcontractare nr. 3244/02.09.2019, încheiat între SA și

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă i-a solicitat ca răspunsul să îi fie transmis în termen de 1 zi, termen pe care îl apreciază ca fiind insuficient, nerezonabil și în contradicție cu prevederile art. 134 alin. (3) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: "(3) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă de minimum 1 zi lucrătoare."

În opinia contestatorului, ținând cont de jurisprudența CNSC dar și a instanțelor de judecată, autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune, pentru solicitările de clarificări adresate ofertanților, un termen de răspuns mai scurt de 3 zile lucrătoare, decât dacă este vorba de simple solicitări de confirmare/explicitare a documentelor deja depuse în cadrul ofertei.

Contestatorul menționează că, participând, "în tandem", la două proceduri de atribuire, s-a încărcat, în SEAP, la prezenta procedură, dintr-o eroare pur umană, un răspuns pentru o altă autoritate contractantă.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări în legătură cu aspectele menționate mai sus, mai cu seamă că "aceasta nu întârzia exagerat și nu afecta evaluarea ofertelor, ci servea exercitării dreptului ofertantului de a demonstra cu claritate calificarea și realizarea unei evaluări cât mai temeinice a ofertei sale,

mai ales prin prisma respectării principiului eficienței utilizării fondurilor publice, principiu prevăzut care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, astfel cum prevăd dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.”

În ceea ce privește motivul final care a stat la baza respingerii ofertei sale, respectiv faptul că acesta nu a precizat proporția de subcontractare, în cadrul DUAЕ, contestatorul arată că actuala legislație obligă autoritatea contractantă să solicite ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă partea din contract pe care urmează să o subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.

Contestatorul susține că a respectat aceste dispoziții, indicând în cadrul DUAЕ al liderului de asociere SA, la secțiunea C: Capacitatea tehnică și profesională – Proporția de subcontractare - atât numele subcontractantului, datele de identificare ale acestuia și activitățile ce se vor contracta, respectiv: "SC - Str. Calea Unirii, nr. 31C, Municipiul, Județul, Nr. ORC J33/728/2003, CUI RO15677066 – relocare stâlpi de iluminat."

În opinia contestatorului, comisia de evaluare ar fi trebuit să îi solicite un DUAЕ revizuit, în care să specifice, în mod clar, sub formă procentuală, care este partea subcontractată. Necesitatea prezentării DUAЕ revizuit este susținută prin modalitatea de completare a DUAЕ-ului, așa cum a fost stabilită prin Regulamentul nr. 2016/7 aprobat de Comisia Europeană și publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L3/16 în data de 05.01.2016.

În acordul de subcontractare nr. 3244/02.08.2019, nu s-a înscris procentul de subcontractare, deoarece acesta se obține din valoarea totală ofertată, fapt ce ar fi permis cu ușurință aflarea prețului ofertat de către contestator, în etapa financiară, respectiv a prețului criptat, ceea ce contravine principiilor statuate la art. 2 din Legea nr. 98/2016. Astfel s-ar fi distorsionarea concurenței și la realizarea unui clasament neoficial, ce ar fi putut influența într-un fel sau altul membrii comisiei de evaluare.

Consideră contestatorul că nu a greșit, în niciun fel, prin modul în care a procedat și, dacă ar fi avut posibilitatea, ar fi clarificat aspectul privind procentul de subcontractare, sub forma unei adrese cu caracter confidențial.

Din punctul de vedere al contestatorului, autoritatea contractantă nu a depus toate diligențele pentru o evaluare corectă și a evaluat sa într-o manieră neobiectivă și incorectă, cu nerespectarea principiului tratamentului egal statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În altă ordine de idei, contestatorul precizează că, la procedura de atribuire, au mai depus oferte Asocierea

.....și
Autoritatea contractantă a considerat aceste oferte admisibile, în pofida

faptului că, în opinia contestatorului, răspunsurile lor la solicitările de clarificări au fost neconcludente.

Referitor la critica privind încălcarea principiilor concurenței și cea privitoare la restricționarea concurenței, contestatorul precizează următoarele: 1. autoritatea contractantă a încălcat în mod flagrant principiul tratamentului egalității de tratament și principiul transparenței, prin declararea drept admisibilă a unor oferte care nu respectă cerințele sale, el fiind "în mod evident dezavantajat și pe o poziție de inegalitate față de a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare;

2. autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității prin faptul că decizia de respingere a ofertei sale depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar, în scopul realizării obiectivelor urmărite, fiind eliminat din competiție un ofertant care îndeplinește toate cerințele tehnice din caietul de sarcini, care a depus oferta pe deplin conformă și admisibilă, spre deosebire de ofertantul concurent.

În drept, își întemeiază contestația pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016, ale HG nr. 419/2018 și ale Codului civil.

Prin adresa nr. 10968/23.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42652/23.10.2019, autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației, întrucât oferta Asocierii SA – SRL a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, pentru că răspunsurile la solicitările de clarificări și completările transmise nu sunt concludente.

Prin acordul de subcontractare depus la dosarul procedurii contestatorul nu a indicat procentul din valoarea estimată a lucrărilor ce se vor executa de subcontractant.

În urma solicitării de clarificări, comisia de evaluare, analizând răspunsul contestatorului precum și documentele transmise, a constatat că acesta nu poate fi considerat concludent, deoarece conținutul se referă la o altă procedură și clarifică alte elemente, nu cele asupra cărora comisia a cerut lămuriri. Ofertantul SA a depus adresa nr. 3270/08.08.2019, ce vizează altă autoritate contractantă, respectiv Consiliul Județean și altă procedură, respectiv "Construire și extindere corp clădire la Centrul Școlar de, județul, " prezentând documente ce nu răspund celor solicitate de comisia de evaluare.

Maniera de redactare a răspunsului la solicitarea de clarificări, raportat la dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, îi este imputabilă ofertantului, care are obligația ca, la întocmirea răspunsului, să furnizeze toate informațiile, astfel încât autoritatea contractantă să fie edificată cu privire la chestiunea în legătură cu care au fost solicitate clarificări.

Comisia de evaluare nu a mai revenit cu noi solicitări de clarificări, întrucât s-ar încălca principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, răspunsul neconcludent prezentat de contestator fiind neglijența acestuia și nu a autorității contractante.

Autoritatea contractantă precizează că procesul de evaluare a ofertelor s-a derulat cu respectarea principiului tratamentului egal al operatorilor economici, cerințele, enunțate la nivelul fișei de date, fiind verificate în mod egal, fără ca unii ofertanți să beneficieze de un tratament preferențial.

Potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016, ofertanții aveau obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, documentație ce include și răspunsurile la solicitările de clarificări.

Prevederile documentației de atribuire, așa cum a fost aceasta completată prin clarificările ulterioare și necontestate în termenul legal, și-au dobândit forța obligatorie pentru părți, ofertanții având obligația să prezinte oferta așa cum a fost stabilit prin fișa de date și caietul de sarcini, iar autoritatea contractantă având obligația să evalueze ofertele prin raportare la modul de îndeplinire a acestor cerințe.

Autoritatea contractantă a decis, în mod corect și legal, respingerea ofertei Asocierii SA – SRL, ca inacceptabilă, cu respectarea art. 134 alin. (5) din Normele metodologice, răspunsul său la solicitarea de clarificări fiind neconcludent.

Pentru ca SA să poată fi considerată persoană vătămată, prin actul emis de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție publică, acesta trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante. Din aceleași considerente, autoritatea contractantă apreciază că nu sunt justificate criticile aduse de către contestator asupra celorlalte oferte.

În drept, autoritatea contractantă întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii unui contract de lucrări, având ca obiect "Modernizare străzi în, județul – Etapa I", cu anunțul de participare nr. SCN1047297, publicat în SEAP la 03.07.2019.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, asocierea SA – SRL, prin liderul SA, a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul a depus recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de 35.000 lei, emisă de CEC Bank–Sucursala, în data de 24.10.2019, sub nr. 205829114/1.

Contestatorul reclamă respingerea ofertei sale, pentru neconcludența răspunsului privind procentul de subcontractare, din cauza transmiterii, dintr-o eroare, a unor documente care nu au legătură cu procedura în cauză.

Referitor la cerințele de prezentare în ofertă a participării subcontractanților, Consiliul reține prevederile din anunțul de participare:

III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala/Proportia de subcontractare/ Informații privind partea/părțile din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze

Modalitatea de indeplinire:

Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși, dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei.

Modalitate de îndeplinire:

DUAЕ completat de ofertant în care va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare (model orientativ Formular nr.3). Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul vor completa la rândul lor un DUAЕ separat, incluzând informațiile referitoare la situațiile de excludere astfel cum acestea sunt menționate la art.164, 165 și 167 din Legea nr.98/2016 precum și cele care prezintă relevanță din perspectiva capacităților pe care se bazează ofertantul.

Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAЕ doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere.

Conform informațiilor din anunțul de participare, ofertantul avea obligația să indice, în DUAЕ, partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși, dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei.

În oferta asocierii contestatoare se regăsesc următoarele documente:

- DUAЕ lider asociere (..... SA), în care este declarat subcontractantul (cu datele de identificare și partea de contract ce o va executa - Relocare stâlpi de iluminat, conform acord de subcontractare nr. 3244/02.08.2019);
- DUAЕ subcontractant (.....);
- Acord de subcontractare nr. 3244/02.08.2019, încheiat între SA (contractor) și (subcontractant), pentru executarea, de către cel din urmă, a lucrărilor de Relocare stâlpi de iluminat; în acord este stabilită valoarea estimată a lucrărilor ce urmează a fi executate de subcontractant.

Văzând cele de mai sus, Consiliul constată că oferta a fost întocmită cu rigurozitatea impusă de documentația de atribuire, în ceea ce privește declararea subcontractantului, deci cu respectarea prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016: *Ofertantul depune oferta*

elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile art. 193-197, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă.

Deși comisia de evaluare deținea toate informațiile necesare evaluării subcontractantului, Consiliul observă că aceasta i-a solicitat ofertantului o informația suplimentară, care nu exista în documentația de atribuire, respectiv procentul de subcontractare.

Față de această solicitare, contestatorul recunoaște că, dintr-o eroare, a transmis alte informații, în locul celor aferente procedurii în cauză, iar comisia de evaluare a apreciat că răspunsul este neconcludent, oferta fiind respinsă, ca inadmisibilă.

În adresa de comunicare a rezultatului procedurii, respingerea este argumentată astfel: *Aceasta maniera de redactare a răspunsului la clarificari ii este imputabila exclusiv ofertantului, acesta avand obligația, la întocmirea răspunsului, sa furnizeze toate informațiile pentru ca autoritatea contractanta sa fie edificata cu privire la chestiunea în legătură cu care au fost solicitate clarificari.*

Consiliul observă că argumentele autorității contractante privesc, în fapt, o situație de fapt neimpusă prin documentația de atribuire, indicarea unei informații precum „procentul de subcontractare”.

Deși tocmai autoritatea contractantă s-a abătut de la documentația de atribuire, a considerat că ofertantul trebuie sancționat cu excluderea, pentru lipsa de concludență a răspunsului la o solicitare ce excede documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a apreciat eronat că o nouă solicitare ar încălca principiul tratamentului egal.

În fapt, prin solicitarea unei lămuriri, suplimentară regulilor din documentația de atribuire, autoritatea contractantă este avantajată în evaluarea ofertei.

Or răspunsul în cauză, la rândul lui, putea fi ușor lămurit și corectat, pe calea unei întrebări de confirmare.

Autoritatea contractantă, fiind în posesia tuturor elementelor necesare verificării subcontractantului, dacă avea nelămuriri asupra ofertei, putea să solicite încă o clarificare, fără a i se crea vreun avantaj asocierii ofertante, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016: *(1) În cazul în care informațiile 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 ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

În consecință, Consiliul apreciază ca neîntemeiată decizia comisiei de evaluare, de respingere a ofertei contestatorului, pentru motivul de mai sus. Mai mult, o astfel de decizie este disproporționată cu cauza pe care se sprijină.

Referitor la cererea contestatorului, de a fi reevaluate ofertele asocierii și a asocierii, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, întrucât contestatorul a formulat critici generale referitoare la neconcludența răspunsurilor acestora la solicitările de clarificări, fără a indica documentele la care face referire sau neregulile sesizate. Or, conform art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: *Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute.*

Pentru argumentele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu Va anula Raportul procedurii nr. 10660/14.10.2019 și actele subsecvente acestuia, în ceea ce privește oferta asocierii SA – SRL. Va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatorului, în sensul constatării respectării cerinței de prezentare, în ofertă, a participării subcontractantului, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu Anulează Raportul procedurii nr. 10660/14.10.2019 și actele subsecvente acestuia, în ceea ce privește oferta asocierii SA – SRL. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatorului, în sensul constatării respectării cerinței de prezentare, în ofertă, a participării subcontractantului, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge celelalte capete de cerere, ca neîntemeiate.

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