Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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 nr. 997/13.03.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 10159/13.03.2018, respectiv sub nr. 10576/15.03.2018, SC ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de director general, a contestat adresa nr. 639/06.03.2018, reprezentând comunicarea privind rezultatul etapei de verificare a DUAE și adresa nr. 699/09.03.2018, reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, documente emise în cadrul procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Construire pod peste râul Sohodol, ..., județul Gorj", inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ... a solicitat „admiterea contestației", anularea adresei nr. 639/06.03.2018 transmisă de Primăria Comunei ..., prin care, „oferta depusă de SC ... SA a fost declarată inacceptabilă de la etapa analizării formularelor DUAE, prin neluarea în considerare a experienței similare a subcontractorului", „anularea Răspunsului nr. 699/09.03.2018 al Primăriei Comunei ... la Notificarea prealabilă nr. 908/08.03.2018 înaintată de SC ... SA", „obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin luarea în considerare a experienței similare prezentate de către subcontractant în formularul DUAE (pentru partea lui de execuție din contract) depus în SEAP de SC ... SA, în limitele deciziei ce urmează a fi pronunțată".

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

În susținere, SC ... SA a precizat că în cadrul perioadei de evaluare a ofertelor, a primit din partea autorității contractante solicitarea de

clarificări nr. 555/02.03.2018, la care a răspuns prin adresa nr. 842/05.03.2018, iar ulterior, a primit adresa nr. 639/06.03.2018, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă „de la etapa analizării formularelor DUAE, prin neluarea în considerare a experienței similare a subcontractorului”.

Ca urmare a acestei comunicări contestatoarea precizează că a formulat notificarea prealabilă nr. 908/08.03.2018, prin care a răspuns punctual motivațiilor autorității contractante privind considerarea ofertei sale ca fiind inacceptabilă. În urma acestei notificări prealabile, contestatoarea arată că autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 699/09.03.2018, prin care își menține decizia.

În susținere, contestatoarea a reprodus, atât argumentele autorității contractante, cât și precizările sale cu privire la acestea.

Cu privire la motivația nr. 1, contestatoarea menționează că, încă din stadiul de început al motivării autorității contractante, aceasta este în eroare, deoarece prin solicitarea de clarificări la care face referire, având nr. 555/02.03.2018, aceasta nu a solicitat clarificări asupra faptului că SC ... SA a prezentat pentru îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire referitoare la experiența similară pentru componenta proiectare, contracte realizate de către subcontractantul SC ... SRL, ci a solicitat clarificări asupra faptului că pentru îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire referitoare la experiența similară pentru componenta proiectare, SC ... SA, nu a completat nimic în cadrul formularului său DUAE la punctul *„Pentru contractele de achiziție servicii: executarea de servicii de tipul specificat”*, astfel, neîndeplinind, din punctul de vedere al autorității contractante, cerința din fișa de date a achiziției solicitată la punctul respectiv experiența similară pe servicii de proiectare.

Contestatoarea consideră că din răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. 555/02.03.2018, reiese clar faptul că nu a specificat nimic în DUAE la punctul C - „Capacitatea tehnică și profesională”, respectiv la lista cu principale contracte de servicii de proiectare, deoarece, așa cum a specificat în DUAE la punctul C „Informații privind utilizarea capacităților altor entități”, unde a bifat răspunsul „DA”, societatea sa, se bazează pe capacitatea profesională a SC ... SRL cu privire la demonstrarea punctului III.2.3.a) din fișa de date, respectiv demonstrarea experienței similare pe serviciile de proiectare. Așa cum se solicită și în DUAE, după bifarea răspunsului „DA” la punctul C - „Informații privind utilizarea capacităților altor entități”, a depus în SEAP DUAE și pentru subcontractantul SC ... SRL, în cuprinsul căruia, la punctul C – „Capacitatea tehnică și profesională”, respectiv la lista cu principale contracte de servicii de proiectare, a specificat contractele pe care le va prezenta în vederea susținerii experienței similare în contractele de servicii de proiectare la solicitarea autorității contractante, în eventualitatea în care oferta societății sale se va clasa pe primul loc.

Astfel, pentru îndeplinirea experienței similare privind serviciile de proiectare, SC ... SA se bazează pe experiența similară a SC ... SRL, care va presta exact acest tip de servicii în cadrul contractului de proiectare și execuție și care este declarat ca și subcontractant în formularul DUAE al

SC ... SA, în partea de descriere a modalității de participare la licitație împreună cu alții. În acest context, contestatoarea arată că au fost încărcate în SEAP atât DUAE-ul SC ... SRL cât și în acordul de subcontractare.

Cu privire la motivația nr. 2, contestatoarea precizează că nu a adus nici o critică asupra documentației de atribuire, nici înainte și nici după data limită de depunere a ofertelor, deoarece nu avea motiv de critică cu privire la îndeplinirea cerinței de experiență similară pentru servicii de proiectare de către ofertant prin subcontractantul propus pentru prestarea de acest tip de servicii în cadrul contractului, deoarece exact această speță este clarificată de către ANAP în cadrul bibliotecii de spețe, la speța nr. 261, prin urmare, cerința privind experiența similară, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, poate fi îndeplinită de ofertant, fie de către ofertant prin cumul cu susținător/susținători, fie de către terț/terți susținător/susținători. Totodată, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, care stipulează că 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.

Cu privire la motivația nr. 3, contestatoarea consideră că ANAP, prin intermediul bibliotecii de spețe, tocmai aceste neclarități încearcă să le clarifice, atât pentru autoritățile contractante, cât și pentru operatorii economici, pentru a evita situațiile prezentate în cadrul acestor spețe. Contestatoarea precizează că nu înțelege cum poate autoritatea contractantă să interpreteze spețele prezentate de ANAP, ca fiind clarificări cu caracter strict informativ pe care nu trebuie să le însușească ca fiind corecte și consideră că tocmai pentru a fluidiza procedurile de achiziții, ANAP a încercat să prezinte informații corecte, pentru a evita eventuale contestații.

Cu privire la motivația nr. 4, contestatoarea menționează că în formularul DUAE depus de SC ... SA la rubrica 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 ?”, răspunsul prezentat de societatea sa a fost afirmativ, iar la subrubrica imediat următoare, care face parte din întrebarea de la rubrica D, „dacă da și în măsura în care se cunoaște, vă rugăm să enumerați subcontractanții propuși:”, singurul subcontractant menționat a fost „SC ... SRL - Execuție lucrări: defrișare și amenajare albie, apărări maluri”, deoarece acesta este singurul subcontractant propus de către SC ... SA pe ale cărui capacități nu se bazează, deoarece această completare era solicitată la această rubrică de formularul DUAE.

Autoarea contestației menționează că subcontractantul SC ... SRL este declarat în formularul DUAE al SC ... SA la pct. A „Informații privind operatorul economic”, rubrica „operatorul economic participă la

procedura de achiziții publice împreună cu alții ?”, unde au fost specificați ambii subcontractori, respectiv SC ... SRL și SC ... SRL, precum și rolul acestora în cadrul contractului, iar separat subcontractorul SC ... SRL a fost declarat la punctul C - „Informații privind utilizarea capacităților altor entități”, unde a bifat răspunsul „DA”. Contestatoarea consideră că formularul DUAE depus de orice ofertant este un document care trebuie considerat, de autoritatea contractantă în totalitatea acestuia, nu doar în părți ale acestuia.

SC ... SA menționează că pentru ambii subcontractori a depus în SEAP formularele DUAE, completate în concordanță cu rolul fiecăruia în cadrul contractului, iar în formularul DUAE al subcontractorul SC ... SRL, la rubrica privind experiența similară, a menționat contractele prin care se probează îndeplinirea acestei cerințe din fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) de către contractantul general, respectiv SC ... SA, care se bazează pe capacitatea tehnică și profesională a acestui subcontractor, așa cum a specificat în propriul formular DUAE prin bifarea răspunsului „Da”, de la punctul C „Informații privind utilizarea capacităților altor entități”.

Cu privire la motivația nr. 5, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă coroborează în mod eronat definiția dată subcontractantului de Legea nr. 98/2016 la art. 3 alin. (1) pct. yy, care specifică clar atribuțiile subcontractantului în cadrul contractului și nu din cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, cu cele ale prevederilor art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prevederi care trebuie coroborate cu cele ale art. 172 alin. (4) din aceeași lege.

În dovedire, contestatoarea SC ... SA a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 10319/844 C5/14.03.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită contestația în original.

Prin adresa nr. 10320/844 C5/14.03.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 765/13.03.2018, înregistrat Consiliu sub nr. 10546/15.03.2018, împreună o parte a dosarului achiziției publice.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a reprodus integral conținutul notificării prealabile și răspunsul la aceasta.

Autoritatea contractantă a precizat că își menține decizia deoarece în cadrul unei proceduri de achiziție publică, experiența similară nu poate fi probată de către subcontractant, părțile în contractul de achiziție publică sunt autoritatea contractantă și ofertantul sau asocierea declarată câștigătoare, subcontractanții având calitatea de terți în raport de contractul astfel încheiat, aceștia fiind pe deplin răspunzători de modul în care își îndeplinesc obligațiile asumate numai față de contractant, iar nu și față de autoritatea contractantă. Se mai arată că, întrucât contractul de achiziție publică nu este încheiat de autoritatea contractantă cu subcontractanții și, prin urmare, nu îi poate trage la răspundere pentru eventuala neexecutare a acestuia, este lipsită de relevanță îndeplinirea cerințelor de calificare de către subcontractanți.

Referitor la susținerea contestatoarei cu privire la faptul că „Formularul DUAE depus de orice ofertant este un document care trebuie considerat, de autoritatea contractantă în totalitatea acestuia, nu doar în părți ale acestuia”, autoritatea contractantă consideră că membrii comisiei de evaluare au respectat întocmai prevederile legale, evaluând în totalitate formularele DUAE depuse de fiecare ofertant participant, după cum se poate observa și din procesul-verbal intermediar de evaluare DUAE.

Autoritatea contractantă învederează că a expus la nivelul punctului de vedere la notificarea prealabilă, prevederile legale ale art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cât și definiția dată subcontractantului conform art. 3 alin. (1) pct. yy din Legea nr. 98/2016, însă necoroborându-le, așa cum menționează contestatoarea. Autoritatea contractantă observă că SC ... SA are o viziune specială a legislației în vigoare, considerând că subcontractantul de la nivelul contractului de achiziție publică are o altă definiție față de cea a subcontractantului din cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, lucru fiind complet eronat.

Autoritatea contractantă precizează că, prin fișa de date, a stabilit în mod clar care sunt modalitățile prin care poate fi demonstrată experiența similară, solicitând pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională o listă a lucrărilor în ultimii 5 ani și lista principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor (etc.), având ca modalitate de îndeplinire *„Completare DUAE de către ofertant și separat de terț susținător... (etc.)”*. În acest context, autoritatea contractantă arată că cerința va fi îndeplinită doar dacă subcontractantul este și terț susținător, întrucât resursele subcontractatului sunt luate în considerare doar pentru partea din contractul de achiziție publică pe care o execută. Autoritatea contractantă precizează că prin resurse se înțelege resursele materiale reprezentate de utilaje, echipamente, dotări tehnice etc., iar resursele umane, de personal specializat.

În finalul punctului de vedere autoritatea contractanta a solicitat Consiliului respingerea contestației ca nefondată.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, Strategia de contractare aferentă procedurii de atribuire contestată, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 11109/19.03.2018.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Construire pod peste râul Sohodol, ..., județul Gorj”, cod CPV 45221110-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../31.01.2018, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 22.02.2018 ora 15^{00}, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 1.134.252 RON, fără TVA.

Potrivit Procesului verbal de vizualizare a documentelor depuse în SEAP, înregistrat sub nr. 529/27.02.2018, până la termenul limită stabilit, a depus ofertă un singur operator economic, și anume ... SA. În urma evaluării și analizei DUAE și a răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a respins oferta depusă de ... SA, această decizie fiind comunicată contestatoarei prin adresa nr. 639/06.03.2018 – actul atacat în prezenta cauză.

Autoarea contestației a depus la dosarul cauzei dovada respectării dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă nr. 908/08.03.2018 înaintată autorității contractante, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 699/09.03.2018 prin care autoritatea contractantă comunică faptul că își menține rezultatul comunicat prin adresa nr. 639/06.03.2018.

Nemulțumită de faptul că autoritatea contractantă nu a luat măsurile de remediere solicitate prin notificarea prealabilă, ... SA a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat documentele depuse de acesta, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului evaluării DUAE, motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către ... SA au fost următoarele:

„În urma analizarii formularelor DUAE prezentate de dvs. și a răspunsului la solicitarea de clarificari nr. 555/02.03.2018, comisia de evaluare a constatat că cerinţa cu privire la experienţa similară, Fișa de date, Cap. III.2.3.a), Cerinţa nr. 1 nu este îndeplinită, deoarece subcontractantul nu este declarat și terț susţinător sau asociat, contractele prezentate de către acesta pentru experienţa similară cu privire la serviciile de proiectare nu pot fi luate în considerare, drept urmare comisia de evaluare a decis respingerea ofertei ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG 395/2016, coroborat cu art. 182 din legea 98/2016 și art. 185 alin. (1) din Legea 98/2016.

Art. 3 alin. (1) pct. yy din Legea 98/2016 defineşte subcontractantul: «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 şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop».

Astfel, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică experienţa similară nu poate fi probată de către subcontractant.

Motivele enuntate mai sus s-au prezentat cu respectarea prevederilor art. 215 alin. 2 din Legea 98/2016 (…)”.

Având a verifica motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către contestator, Consiliul constată netemeinicia acestora, pentru considerentele prezentate în continuare.

Potrivit prevederilor din fişa de date a achiziţiei, autoritatea contractantă a solicitat la capitolul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, următoarele:

- „Cerinta nr. 1 - Operatorii economici participanți la procedură să poată realiza din punct de vedere tehnic contractul de lucrări, în ceea ce priveste prestarea de servicii.

Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii trei ani, din care să rezulte că au prestat servicii similare în conformitate cu art. 179 lit. b) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Cerință specifică: Condiția minimă pentru demonstrarea experienței similare se consideră: în ultimii 3 ani (se vor raporta la data limită de depunere a ofertelor) prestarea de servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 26.000 lei fără TVA la nivelul unuia sau a mai multor contracte.

Prin servicii similare se înțelege servicii de proiectare pentru lucrări de construcții noi/intervenții asupra podurilor/pasajelor/viaductelor similare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției sau de un grad de complexitate superior, conform normativului în domeniu", la modalitatea de îndeplinire prevăzând următoarele:

„ Completare DUAE de către ofertant și separat de terț susținător.
Pentru fiecare contract menționat se vor atașa documente suport (copii după părți relevante ale contractului sau recomandare sau alte certificate, sau documente prin care să se confirme în mod obligatoriu, date referitoare la:

- beneficiarul contractului;

- tipul serviciilor/lucrărilor prestate/executate similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit;

- perioada în care s-a realizat contractul;

- valoarea contractului sau a părții din contract pentru care s-a efectuat recepție;

Documentele justificative urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.

Persoanele juridice/fizice străine vor prezenta documentele solicitate pentru fiecare contract prezentat pentru îndeplinirea cerinței, însoțite de traducere autorizată. Echivalența pentru sume exprimate în altă valută se va face la cursul mediu anual leu/valută comunicat de BNR".

- „Cerința nr. 5 - Informații privind partea din contract pe care operatorul economic are eventual, intenția să o subcontracteze. Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoastere ale subcontractanților propuși.
Se va prezenta Acordul de subcontractare – Formularul 5.

Subcontractantii nu trebuie să se afle în situatiile care determină excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 164, art. 165, art 167 din Legea 98/2016", la modalitatea de îndeplinire

prevăzând următoarele: *„ Se va prezenta DUAE în conformitate cu prevederile art. 193 alin (1) din Legea 98/2016.*

Se va prezenta Acordul de subcontractare (Formular 5).

Documentele justificative urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.

Nedepunerea odată cu oferta, a acordului de subcontractare constituie temei pentru solicitarea de clarificari pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfasurarea corespunzatoare a procedurii de atribuire".

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul constată că, în dovedirea experienței similare pentru serviciile de proiectare, ofertantul a prezentat:

◇ **DUAE-ul întocmit de ... SA** în cuprinsul căruia s-au menționat următoarele informații relevante cauzei:

- Partea II, A):

„Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreună cu alții?

• Da

º Nu

Vă rugăm să vă asigurați că celelalte părți în cauză prezintă un formular DEAU separate

a) Vă rugăm să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului (lider responsabil cu îndeplinirea unor sarcini specific …):

... SRL – contractant general

b) Vă rugăm să-i identificați pe ceilalți operatori economici care mai participă la procedura de achiziții publice:

SC ... SRL – SUBCONTRACTANT – Execuție lucrări: defrișare și amenajare albie, apărări maluri

SC ... SRL - SUBCONTRACTANT – servicii de proiectare".

- Partea II, C):

„Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisfice criteriile de selecție prevăzute în Partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în Partea V de mai jos:

• Da

º Nu

Vă rugăm să prezentați un formular DEAU separat care să cuprindă informațiile solicitate în secțiunile A și B din această parte și din partea III pentru fiecare dintre entitățile în cauză, completat și semnat în mod corespunzător de entitățile în cauză (…) În măsura în care este relevant pentru capacitatea (capacitățile) specifică (specifice) utilizată (utilizate) de operatorul economic, vă rugăm să includeți informațiile prevăzute în părțile IV și V pentru fiecare dintre entitățile în cauză";

- Partea IV – Criterii de selecție, ... SA a menționat pentru „executarea de lucrări de tipul specificat” două contracte realizate de societatea sa, iar pentru prestarea de servicii a menționat proporția de sucontrare a serviciilor de proiectare și asistență tehnică – 2,58% și a precizat numele societății ... SRL;

◊ **DUAE-ul întocmit de SC ... SRL în cuprinsul căruia** s-au menționat următoarele informații utile soluționării cauzei::

- Partea II, A):

„Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreună cu alții?

• Da

º Nu

Vă rugăm să vă asigurați că celelalte părți în cauză prezintă un formular DEAU separate

a) Vă rugăm să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului (lider responsabil cu îndeplinirea unor sarcini specific …):

SC ... SRL – SUBCONTRACTANT – SERVICII DE PROIECTARE

b) Vă rugăm să-i identificați pe ceilalți operatori economici care mai participă la procedura de achiziții publice:

... SRL – contractant general

SC ... SRL – Subcontractant.

- Partea II, C):

„Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisfice criteriile de selecție prevăzute în Partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în Partea V de mai jos:

º Da

• Nu

- Partea IV – Criterii de selecție, SC ... SRL nu a menționat informații cu privire la „executarea de lucrări de tipul specificat”, însă pentru „executarea de servicii de tipul specificat” a menționat următoarele:

„Descriere: Consilidare pod pe DJ 664 peste râul Jiu, km 0+065, Municipiul Târgu Jiu, jud. Gorj Contract nr. 6384 din 25.05.2017, Proces verbal nr. 391 din 16.06.2017

Valoare: 92.000 RON

Data de începere 24-05-2017

Data de încheiere 16-06-2017

Beneficiari: Consiliul Județean Gorj”.

◊ Acord de subcontractare înregistrat sub nr. 696/20.02.2018, din cuprinsul căruia rezultă procentajul serviciilor de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului de 2,58% care vor fi realizate de SC ... SRL.

Analizând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin întrebarea nr. 3 din cadrul cererii de clarificări nr. 555/02.03.2018, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei să clarifice următorului aspect: *„Vă rugăm să ne explicați cum îndepliniți*

cerința din fișa de date a achiziției, III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Operatorii economici participanți la procedură să poată realiza din punct de vedere tehnic contractul de lucrări, în ceea ce privește prestarea de servicii. Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii trei ani, din care să rezulte că au prestat servicii similare în conformitate cu art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice. Cerința specifică: Condiția minimă pentru demonstrarea experienței similare se consideră: în ultimii 3 ani (se vor raporta la data limită de depunere a ofertelor) prestarea de servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 26.000 lei fără TVA la nivelul unuia sau a mai multor contracte. Prin servicii similare se înțelege servicii de proiectare pentru lucrări de construcții noi/intervenții asupra podurilor/pasajelor/viaductelor similare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției sau de un grad de complexitate superior, conform normativului în domeniu, având în vedere că în formularul DUAE depus pentru ofertantul ÎNTREPRINDEREA DE DRUMURI ȘI PODURI GORJ SA, ofertant unic, la rubrica «Pentru contractele de achiziţie de servicii: executarea de servicii de tipul specificat» nu ați completat nimic".

La această solicitare de clarificări, SC ... SA a răspuns prin adresa nr. 842/05.03.2018, precizând următoarele: *«Societatea noastră nu a specificat nimic în DUAE la punctul C) Capacitatea tehnică şi profesională, respectiv la Lista cu principale contracte de servicii de proiectare, deoarece, aşa cum am specificat în DUAE la punctul C „Informații privind utilizarea capacităților altor entități", unde am bifat răspunsul „Da", societatea noastră se bazează pe capacitatea profesională a SC ... SRL cu privire la demonstrarea punctului III.2.3.a) din Fișa de date, respectiv demonstrarea experienței similare pe serviciile de proiectare. Aşa cum se solicită şi în DUAE, după bifarea răspunsului „Da" la punctul C „Informații privind utilizarea capacităților altor entități", s-a depus, în SEAP, DUAE şi pentru subcontractantul SC ... SRL, care la punctul C) Capacitatea tehnică şi profesională, respectiv la Lista cu principale contracte de servicii de proiectare a specificat contractele pe care le va prezenta în vederea susținerii experienței similare pe contractele de servicii de proiectare la solicitarea autorităţii contractante, în eventualitatea în care oferta societății noastre se va clasa pe primul loc».*

Urmarea acestui răspuns, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei contestatorului, motivând că experiența similară a SC ... SRL nu poate fi luată în considerare, deoarece acesta nu este declarat și terț susținător sau asociat.

Față de documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul constată că ... SRL a declarat în DUAE-ul propriu că operatorul SC ... SRL
are calitatea de subcontractant pe capacitățile căruia se bazează, iar din DUAE-ul celui din urmă rezultă că acesta susține ofertantul cu experiența similară pentru serviciile de proiectare, din acordul de subcontractare

observându-se că se va implica în executarea părții de proiectare, aferentă contractului supus atribuirii.

Relevante în actuala speță sunt următoarele prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016:

„(4) 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”.

- art. 179 din Legea nr. 98/2016:

„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:[…]

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 și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, 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;

k) precizarea părții/părților din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze; […]”

- art. 182 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(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.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții

susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament".

- art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016:

„În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a)".

Având în vedere prevederile legale de mai sus, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare experiența similară a

SC ... SRL, orice interpretare contrară conducând la încălcarea de către ... a dispoziiilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 [*„Autoritatea contractantă (...) 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]*, text de lege pe care autoritatea contractantă are obligația de a-l respecta chiar dacă, conținutul acestuia (în speță, teza finală subliniată anterior) nu a fost inclus în cadrul documentației de atribuire.

Atunci când ofertantul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională, prin invocarea susținerii acordate de un terț (subcontractant), în condițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, capacitatea acestuia poate fi cumulată cu cea a ofertantului pentru îndeplinirea respectivei cerințe. Totodată, conform prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea 98/2016 autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant 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. Astfel, având în vedere speța în cauză, Consiliul apreciază că se poate lua în considerare și experiența similară a subcontractantului, caz în care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere.

În lumina prevederilor legislative mai sus menționate și a documentelor aflate la dosarul cauzei, în ce privește experiența similară pentru serviciile de proiectare, pusă la dispoziție de SC ... SRL, Consiliul constată următoarele:

- SC ... SRL prin prezentarea experienței sale în proiectare, devine, în înțelesul art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, entitatea pe ale cărei capacități tehnice se bazează ofertantul;
- prin prezentarea acordului de subcontractare, SC ... SRL are calitatea de terță parte implicată în propunerea tehnică;
- între ofertant și SC ... SRL (terța parte) există o relație juridică, materializată în acordul de subcontractare, așa cum impune art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;
- SC ... SRL s-a angajat prin acordul de subcontractare să desfășoare, efectiv, serviciile în legătură cu care este necesară respectiva calificare (cerința de calificare referitoare la experiența similară), conform art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- SC ... SRL, prin completarea DUAE cu informații privind contractul aferent serviciilor de proiectare, face dovada că e un subcontractant pe care se bazează ofertantul, din punct de vedere al experienței similare, respectând, astfel, prevederile art. 193 alin. (3) teza 2 din Legea nr. 98/2016.

Din cele de mai sus, Consiliul constată că operatorul economic SC ... SRL este un subcontractant a cărui capacitate tehnică poate fi luată în considerare, pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară.

Această interpretare își are temeiul în art. 63 *Utilizarea capacităților altor entități*, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE:

„(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. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens”.

În acest sens s-a pronunțat Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta:

„49 […] *articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:*

- *recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și*
- *nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract”.*

Astfel, ofertantul, în dovedirea experienței similare pentru servicii de proiectare, face dovada că se bazează pe capacitatea tehnică a entității subcontractoare.

În concluzie, autoritatea contractantă are obligația să ia în considerare experiența similară a subcontractantului nominalizat, întrucât subcontractantul a fost propus pentru partea pentru care a fost solicitată experiența similară.

Astfel, Consiliul consideră întemeiată critica privind luarea în considerare a experienței similare prezentate de SC ... SRL, în calitatea sa de subcontractant.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă are informațiile de bază necesare pentru a verifica DUAE prezentat de contestator, respectiv îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară.

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a documentelor de calificare prezentate de ofertanţi, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor din fișa de date, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, sunt fondate, urmând să fie admise.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispoziţiile legale amintite, Consiliul reţine că aceasta s-a desfăşurat cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice.

Cu luarea în considerare a celor mai sus prezentate, Consiliul consideră că evaluarea realizată de autoritatea contractantă a înregistrat abateri de la cadrul legal și determină că, în mod incorect, a respins oferta depusă de ... SRL.

În raport de cele mai sus expuse, Consiliul reține că, în speță, se impune reevaluarea ofertei depuse de ... SA sub aspectul anterior analizat.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la faptul că:

- experiența similară nu poate fi probată de către subcontractant deoarece părțile în contractul de achiziție publică sunt autoritatea contractantă și ofertantul sau asocierea declarată câștigătoare, subcontractanții având calitatea de terți în raport de contractul astfel încheiat, aceștia fiind pe deplin răspunzători de modul în care își îndeplinesc obligațiile asumate numai față de contractant, iar nu și față de autoritatea contractantă;

- contractul de achiziție publică nu este încheiat de autoritatea contractantă cu subcontractanții și, prin urmare, nu îi poate trage la răspundere pentru eventuala neexecutare a acestuia, fiind lipsită de relevanță îndeplinirea cerințelor de calificare de către subcontractanți,

Consiliul constată că răspunderea solidară derivă din acordul de subcontractare, prin care SC ... SRL s-a angajat să presteze serviciile de proiectare, respectiv să răspundă în limitele asumate prin acest angajament.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SA în contradictoriu cu ... și să anuleze comunicarea nr. 639/06.03.2018 transmisă contestatoarei, precum și actele care au stat la baza emiterii acesteia.

Va obliga autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. (5) din același act normativ, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de SC ... SA cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

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:

Admite contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Anulează comunicarea nr. 639/06.03.2018 transmisă contestatoarei, precum și actele care au stat la baza emiterii acesteia și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de SC ... SA cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare

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

PREŞEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.