CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ....., formulată împotriva rezultatului faza 1 de verificare nr. 6003/13.06....., emis de către COMUNA ....., cu sediul în LOC. ....., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Execuție lucrări de construcții liceu în localitatea ..... în cadrul proiectului «Modernizare și extindere Liceu ....., sat ....., comuna ....., județul .....»", cod CPV 45214200-2, s-a solicitat anularea sau modificarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii.

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, formulată împotriva rezultatului faza 1 de verificare nr. 6003/13.06....., emis de către COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Execuție lucrări de construcții liceu în localitatea ..... în cadrul proiectului «Modernizare și extindere Liceu ....., sat ....., comuna ....., județul .....»", cod CPV 45214200-2, s-a solicitat anularea sau modificarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii.

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă a organizat procedura cerere de oferta/procedură simplificată - într-o singură etapă modalitatea de desfășurare online, pentru atribuirea contractului de

achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări de construcții liceu în localitatea ..... în cadrul proiectului «Modernizare și extindere Liceu ....., sat ....., comuna ....., județul .....»", cod CPV 45214200-2, inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. ...../....., la care a fost anexat documentația de atribuire. Data limită de depunere a ofertelor a fost 26.04....., ora 15 00

Contestatorul arată că a participat în cadrul procedurii de atribuire cu susținere de experiență similară de la terțul susținător SC .....2012 SRL, depunând în cadrul ofertei formularul DUAE atât pentru ofertant, cât și pentru terțul susținător dar, dintr-o eroare, în cadrul DUAE, Partea II Informații referitoare la operatorul economic, la punctul C Informații privind utilizarea capacității altor entități s-a bifat eronat cu NU va utiliza capacitățile altei entități.

Autoritatea contractantă prin clarificarea nr. 5218/15.05..... a solicitat contestatorului să clarifice această situație, la care, arată contestatorul, a răspuns prin adresa nr. 144/18.05....., transmițând actele solicitate, respectiv:

1 DUAE SC ..... SRL revizuit

2 Anexa nr. 1 la angajamentul de susținere - lista principalelor lucrări executate în ultimi 5 ani de SC .....SRL

De asemenea, arată contestatorul, a mai precizat că valorile de contract sunt fără TVA

- valoarea contract experiență similară SC .....2012 SRL este de 1.273.651,03 lei fără TVA

-valoarea contract experiență similară de SC ..... SRL este de 1.592.468,87 lei fără TVA

Autoritatea contractantă a considerat răspunsul neconcludent și a respins oferta contestatorului.

Contestatorul precizează că a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. 177/19.06....., la care acesta a răspuns că nu va efectua modificări.

Contestatorul consideră măsura autorității contractante contrară dispozițiilor art. 113, alin. (11), art. 182 alin (5), art. 183 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, contestatorul precizează că susținerea terțului prin angajamentul societății SC .....nu se referă la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului - utilaje, echipamente, personal, odată cu angajamentul ferm prezentat de ofertant trebuie să prezinte documente transmise acestuia de către terți, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament

Motivele care au stat la baza respingerii ofertei sunt clădite pe o confuzie, în opinia contestatorului, nefăcându-se distincție între cerința minimă de calificare privind experiența similară și resurse tehnice și/sau profesionale invocate în angajamentul de susținere, element esențial de valabilitate al unui instrument juridic și legiuitorul prin actele normative emise a avut în vedere scopul garantării îndeplinirii contractului de achiziție

Susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de lucrări executate într-o perioadă anterioară, iar angajamentul ferm prezentat de ofertant trebuie să garanteze automații contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea integral reglementară și în termen a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă.

Cerința de a completa anexa 1 pct. 2 și 3 este excesivă și nelegală, în opinia contestatorului, iar în cazul de față nu este nevoie de a se pune la dispoziție resurse efective pe care să se bazeze pe perioada derulării contractului câtă vreme se respectă prevederile art. 182 alin. (5) în cazul experienței similare. În cazul în care susținerea terțului/terților uzează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate pun acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.

Practic se face dovada incontestabilă - SC SILVMAR SRL are deja experiență în domeniu (experiența similară reflectată prin prezentarea contractului de lucrări (Reabilitare și modernizare construcție P+1 în județul .....), îndeplinește cerințele de calificare pentru a demonstra că potențialul lor tehnic, financiar și organizațional este de natură să ducă la realizarea în mod efectiv și în cele mai bune condiții a unui contract de achiziție publică, demonstrează că oferă o șansă agenților economici la început de drum în activitatea lor, că va putea să-și mobilizeze resursele, utilajele și personalul, astfel încât să intervină eficient și într-un timp rezonabil, în cazul în care întâmpină dificultăți în derularea contractului în ipoteza în care va fi declarat câștigător.

Contestatorul invocă Instrucțiunea nr. 2/..... din 19 aprilie ..... emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 emisă de ANAP.

Conform art. 14, arată contestatorul, în situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

Operatorii economici au avut capacitatea de a gestiona construcția unui obiectiv similar pentru care au fost răspunzători de îndeplinirea indicatorilor de performanță și calitate dovedind că au experiența

necesară, dar nu demonstrau cerința referitoare la valoarea de 2.800.000 lei astfel,

- valoarea contract experiență similară SC .....2012 SRL reprezintă un procent de asociere de 45 %.

- valoarea contract experiență similară de SC ..... SRL reprezintă un procent de asociere de 56%.

Contestatorul consideră că datele furnizate referitoare la experiența similară garantează materializarea aspectelor ce fac obiectul angajamentului art. 50 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, și invocă art. 50 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere obligațiile autorității contractante de a indica în fișa de date a achiziției anumite criterii de completare a DUAE, contestatorul consideră că, acesta avea obligația de genera electronic DUAE completat cu informațiile solicitate în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire, marcând câmpurile din formular pentru care trebuie prezentate referințe de către operatorii economici, corespunzător respectivelor cerințe și de a-l atașa în SEAP, împreună cu celelalte documente ale achiziției.

Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă trebuie să asigure corelația dintre informațiile solicitate prin fișa de date a achiziției și cele marcate în DUAE în vederea completării de către operatorii economici interesați, menționând totodată în fișa de date a achiziției modul în care se poate accesa DUAE în vederea completării de către operatorii economici interesați. Prin urmare, contestatorul susține că, nu poate fi sancționată pentru o eventuală abatere de la modul de completare a DUAE *„în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”* atâta timp cât nici modalitatea de completare a DUAE și nici eventualele criterii nu au fost în prealabil stabilite și prezentate ofertanților în formularul din cadrul documentației de atribuire, din perspectiva gradului de detaliere a informațiilor dorite de autoritatea contractantă și invocă fișa de date, cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Fișa de date nu cuprinde informații clare și precise și nu este în corelare cu formularul DUAE pus la dispoziție de autoritatea contractantă. Referitor la obligațiile terțului susținător reiese că documentele justificative anexă la angajament se prezintă, după caz, fie prin precizarea modului în care vor interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea fie prin identificarea resurselor tehnice și profesionale pe care le pune la dispoziția ofertantului.

Autoritatea contractantă prin adresa nr. 6460/....., înregistrată la CNSC cu nr. 25623/27.06....., transmite punctul de vedere față de contestația depusă, și dosarul achiziției.

În fapt, arată autoritatea contractantă, în urma verificării îndeplinirii cerințelor de calificare în corespondență cu informațiile din DUAE depuse în cadrul procedurii de achiziție a emis contestatorului solicitarea de clarificări nr. 5218/15.05....., prin care solicita următoarele „1. În formularul DUAE completat de SC ..... SRL, la întrebarea Operatorul economic participă la procedura de achiziții publice împreuna cu alții, a declarat pe SC .....2012 SRL ca terț susținător, la pct C informații privind utilizarea capacităților altei entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV a DUAE, vă rugăm să clarificați neconcordanța și să transmiteți DUAE revizuit;

2. Având în vedere ca ați prezentat Angajament privind susținerea tehnică și profesională, comisia de evaluare nereușind să identifice în cadrul documentelor depuse anexa la acesta, vă rugam să clarificați acest aspect;

3. Având în vedere că din descrierea contractului prezentat în DUAE de SC ..... SRL nu reiese clar ce valoare au lucrările similare în conformitate cu cerințele FDA, vă rugăm să prezentați documente din care să reiasă, defalcat pe categorii de lucrări, care este valoarea lucrărilor executate în cadrul contractului declarat în DUAE, similare cu lucrarea care face obiectul achiziției De asemenea, vă rugam să precizați dacă suma prezentată include sau nu TVA;

4. Având în vedere că în formularul DUAE completat de SC .....2012 SRL, din descrierea contractului prezentat reiese că terțul susținător a executat lucrări similare în ultimii 5 ani, în valoare de 1.273.651,03 lei, dar nu reiese din conținutul DUAE prezentat dacă suma include sau nu TVA, vă rugăm să clarificați acest aspect, și după caz, să prezentați pentru terțul susținător un DUAE revizuit".

Contestatorul a răspuns solicitării prin adresa nr. 144/18.05....., precizând următoarele:

„Referitor la adresa de clarificări nr. 5218 din 15.05 ..... privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect Execuție lucrări de construcție în localitatea ....., județul ....., în cadrul proiectului «Modernizare și extindere Liceu tehnologic nr 1 ....., sat ....., comuna ....., județul .....», vă transmitem următoarele:

- DUAE SC ..... SRL revizuit, anexa la Angajamentul de susținere, deoarece a fost omisa la scanare;

- Valoare contract experiența similară SC .....2012 SRL este de 1.273.651,03 fără TVA;

Categoriile de lucrări executate în cadrul contractului sunt:

- Infrastructura – 487.341,29 lei

- Suprastructura – 115.599,62 lei

- Arhitectura – 712.435,46 lei

- Instalație electrică interioară - 188.516,03 lei

- Instalații sanitare interioare – 41.822,59 lei

- *Instalații termice interioare – 46.753,88 lei*", documentele atașate fiind:

- DUAE SC ..... SRL revizuit;

- Anexa nr 1 la Angajamentul de susținere;

- Formular F2 Centralizatorul cheltuielilor pe obiect și categorii de lucrări.

În urma analizei documentelor atașate de contestator, autoritatea contractantă susține că a constatat următoarele:

„Ofertantul a depus Anexa nr. 1 la Angajamentul ferm al terțului susținător SC .....2012 SRL ..... privind susținerea tehnica și/sau profesională a ofertantului SC ..... SRL .....

În anexa la Angajamentul ferm al terțului susținător SC .....2012 SRL ....., acesta a consemnat la pct. 1 Lista cu principalele lucrări realizate în ultimii 5 am, respectiv contractul «Reabilitare și modernizare construcție P+1 în județul .....», la pct. 2 Lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, nu a fost consemnat nimic, iar, la pct. 3 Descrierea modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului nu a fost consemnat modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului".

Constatarea comisiei:

Din analiza documentelor depuse de către contestator ca răspuns la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a constatat că terțul susținător nu a depus lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziția ofertantului și nu a demonstrat că va putea să-și mobilizeze resursele, utilajele și personalul, astfel încât să intervină eficient și într-un timp rezonabil, în cazul în care contestatorul întâmpină dificultăți în derularea contractului în ipoteza în care va fi declarat câștigător, și ca urmare oferta contestatorului a fost respinsă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, ca inacceptabilă.

Referitor la Notificarea prealabilă nr. 177/19.06 ....., autoritatea contractantă arată următoarele:

1. Referitor la motivul în baza căruia oferta a fost considerată inacceptabilă, aceasta este omisiunea terțului de a prezenta în Anexa 1 la Angajamentul ferm lista resurselor tehnice/profesionale care urmează să fie puse la dispoziția ofertantului și lipsa demonstrării modului în care terțul își va putea mobiliza resursele, utilajele și personalul, astfel încât

să intervină eficient și într-un timp rezonabil, în cazul în care SC ..... SRL întâmpină dificultăți în derularea contractului în cazul în care va fi declarat câștigător.

2. Referitor la afirmația contestatorului privind decizia de a declara oferta inacceptabilă ca fiind contrară prevederilor legale de la art. 113 alin. 11 din Legea 98/2016 și a art. 184 din Legea nr. 98/2016, este nefondată, deoarece a folosit drept criteriu de calificare experiența similară, așa cum este definită la art. 179 lit. a), nefăcându-se referire la art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016

În ceea ce privește susținerea contestatorului referitor la nerespectarea prevederilor art. 184 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționează că nu a solicitat în cadrul procedurii demonstrarea criteriilor referitoare la situația economică și financiară, o astfel de solicitare fiind contrară prevederilor art. 113 alin (11) din Legea nr. 98/2016.

Analizând prevederile Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016 se poate constata că cerința privind experiența similară ține de capacitate tehnică și profesională la art. 48 și următoarele din HG nr. 395/2016.

3. În ceea ce privește concluzia contestatorului, conform căreia nu poate fi sancționat pentru o eventuală abatere de la modul de completare a DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă atâta timp cât nici modalitatea de completate DUAE și nici eventualele criterii nu au fost în prealabil stabilite și prezentate ofertanților în formularul din cadrul documentației de atribuire, din perspectiva gradului de detaliere a informațiilor dorite de autoritatea contractantă, autoritatea contractantă menționează că motivul pentru care a fost declarată inacceptabilă oferta este neconcludența răspunsului la clarificare privind lipsa Anexei 1 la Angajamentul ferm al terțului, respectiv necompletarea de către acesta a secțiunilor din anexă, respectiv Secțiunea 2 - lista resurselor tehnice/ profesionale care urmează a fi puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publica și Secțiunea 3 - Descrierea modalităților concrete de mobilizare a resurselor tehnice /profesionale ce urmează a fi puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care va interveni terțul în situații în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului.

Afirmația contestatorului, potrivit căreia „Conform Fișei de date avem susținerea prin angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională, pus la dispoziția ofertantului SC ..... SRL resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, fără a mai fi nevoie de identificarea resurselor tehnice și profesionale” contravine prevederilor Fișei de date a achiziției, Secțiunea III.2.3.

Prin adresa nr. 6584/29.06....., COMUNA ..... completează dosarul achiziției publice.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Execuție lucrări de construcții liceu în localitatea ..... în cadrul proiectului «Modernizare și extindere Liceu ....., sat ....., comuna ....., județul .....»", cod CPV 45214200-2, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../..... Valoarea contractului de achiziție publică este de 2.807.110,32 lei iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut".

Contestatorul SC ..... SRL este nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, aspect comunicat prin adresa de comunicare nr. 6003 din 13.06..... potrivit căreia sunt invocate următoarele motive:

„Din analiza documentelor depuse de către SC ..... SRL ca răspuns la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a constatat că terțul susținător nu a depus lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziția ofertantului și nu a demonstrat că va putea să-și mobilizeze resursele, utilajele și personalul, astfel încât să intervină eficient și într-un timp rezonabil, în cazul în care SC ..... SRL întâmpină dificultăți în derularea contractului în ipoteza în care va fi declarat câștigător".

Având în vedere criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă pentru motivele mai sus menționate, Consiliul urmează a le analiza prin raportare atât la cerințele din cadrul documentației de atribuire cât și legislația specifică în domeniu.

Astfel, Consiliul va reține că, la secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință *:*

„Se solicită tuturor ofertanților, odată cu depunerea DUAE să prezinte angajamentul terțului susținător (împreună cu documentele anexe la angajament, transmise acestora de către terțul/terții susținători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestora), acordul de asociere și acordul de subcontractare.

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea de îndeplinire: în DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, precum și celelalte aspecte solicitate prin formatul standard al DUAE. Terțul/terții susținători vor completa DUAE cu informații privind nivelul

lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții îl confirmă prezentând documente justificative, după caz, faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin identificarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Totodată, prin angajamentul ferm, terțul/terții se va/vor angaja că va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament".

În cadrul Anexei nr. 1 la Formularul nr. 4 intitulat „*Angajament ferm privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului*" postat în SEAP sub identificatorul „[RFQ0091966/019]" autoritatea contractantă a menționat că ofertanții trebuie să completeze „*Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani*", „*Lista resurselor tehnice / profesionale care urmează a fi puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică*" și să descrie „*modalitatea concretă de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului*"

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că, în situația susținerii de către un terț/terți, aceștia din urmă trebuiau să specifice modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului.

Raportat la această cerință a documentației de atribuire, respectiv fișa de date și formularele anexate acesteia, Consiliul reține ca fiind incidente prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: *„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".*

Documentația de atribuire trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințe, reguli și prescripții care să permită ca lucrarea să fie descrisă în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole

nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unei lucrări care să îndeplinească anumite caracteristici tehnice și criterii de calificare, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante. Rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unei lucrări care să nu întâmpine dificultăți în execuția ei, motiv pentru care a impus ca terțul/terți susținător/susținători să specifice în cadrul angajamentului ferm modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului, acesta având un rol fundamental în buna executare a acestuia, necesitate care este în deplină concordanță cu prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe exprese aparține autorității contractante.

Din analiza ofertei contestatorului, Consiliul reține că acesta, deși a depus Angajamentul ferm al terțului susținător, a omis să depună Anexa nr. 1, motiv pentru care autoritatea contractantă a procedat la solicitarea de clarificări prin adresa nr. 5218/15.05....., contestatorul SC ..... SRL formulând răspuns prin adresa nr.144/18.05.....

Raportat la solicitarea de clarificări, Consiliul constată că autoritatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 care stipulează următoarele: *„(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 considerarea textului legal mai sus reiterat, Consiliul reține că tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă, respectiv de a lămuri anumite erori/omisiuni ale ofertei depuse inițial, la

care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-324/14 Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, Hotărârea din 7 aprilie 2016 s-a pronunțat în sensul că *„Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii 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*** *(...). Articolul 48 alineatele (2) și (3) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că, având în vedere obiectul unui contract determinat, precum și finalitățile acestuia, autoritatea contractantă poate, în împrejurări speciale, în vederea executării corecte a contractului respectiv, să indice în mod expres, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, reguli precise în conformitate cu care un operator economic poate menționa capacitățile altor entități, cu condiția ca aceste reguli să fie legate de obiectul și de finalitățile acelui contract și proporționale cu acestea (...)*”.

De asemenea potrivit unei jurisprudențe constante a Curții Europene de Justiției, *„articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități,* ***cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract***” (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

„Deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat” (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată)

„Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă” (a se vedea în acest sens Hotărârea din 7

aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214, punctul 38)

Or, Consiliul constată că nici în urma răspunsului la clarificările solicitate, terțul susținător nu a descris modalitatea concretă de mobilizare a utilajelor, resurselor și personalului sau modul concret în care va interveni în situația în care va întâmpina dificultăți în implementarea contractului, fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art.209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările /completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.*

Documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Mai mult, riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*.

Prin urmare, Consiliul nu poate reține alegațiile contestatorului referitoare la prevederile documentației de atribuire respectiv ca fiind suficient doar angajamentul terțului susținător pentru a garanta buna execuție a contractului în condițiile în care modul de elaborare a angajamentului ferm nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Mai mult, în cazul în care cerința privind experiența similară din fișa de date a achiziției și/sau solicitările de clarificări nr. 5218/15.05....., transmise de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectivele clarificări, potrivit prevederilor legale. Cu toate acestea, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să

răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru contestator, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Consiliul nu va lua în considerare nici alegațiile contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă avea dreptul de a solicita în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, clarificări/completări ale documentelor depuse, deoarece, astfel cum a fost reținut anterior, COMUNA ..... a solicitat deja clarificări, la care SC ..... SRL a transmis un răspuns neconcludent iar repetarea solicitării de clarificări ar constitui un avantaj evident în favoarea contestatorului, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia din ofertă inacceptabilă în ofertă admisibilă; neformularea unui răspuns concludent fiind sancționată cu respingerea ofertei ca inacceptabilă conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, conform cărora *„Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției*" și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu COMUNA ..... și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu COMUNA .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.