CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 11338/..... înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, Lider al Asocierii SC ...., cu sediul social în ....., ..., județul ....., având cod unic de înregistrare RO ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin administrator împotriva adresei de comunicare nr. ....., privind rezultatul procedurii de atribuire, emis de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: .....»", cod CPV ....., s-a solicitat:

-anularea actului autorității contractante nr. ..... din .....;

-anularea raportului procedurii întocmit de către autoritatea contractantă, și a actelor subsecvente ce au legătură cu aceasta;

-după revenirea asupra deciziei de declarare a ofertei ca inacceptabilă de către autoritatea contractanta, cu consecința reevaluării ofertei și constatarea acceptabilității și conformității sale de comisia de evaluare, solicită întocmirea comunicărilor privind rezultatul procedurii, în conformitate cu obligația autorității contractante prevăzute în Legea nr. 98/2016 și în Normele de aplicare din materia achizițiilor publice, HG 395/2016.

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

Contestatorul precizează că, prin adresa nr. ....., autoritatea contractantă i-a comunicat că se află în situația prevăzută de

art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 395/2016, respectiv că oferta depusă este respinsă ca inacceptabilă.

Autoritatea contractantă motivează această decizie prin faptul că *„în acordul de subcontractare încheiat între asociatul .....și .....SRL nu este trecut valoric și procentual (%) partea/părțile din contract care se vor subcontracta".*

Contestatorul consideră că a depus o ofertă acceptabilă și conformă în cadrul procedurii de atribuire a contractului, fiind în prezent în etapa deliberării conform datelor oficiale în legătură cu achiziția care există în SICAP - stadiul procedurii deliberare - 05.11.....

Contestatorul precizează că până la data de 10.09..... ora 15:00, operatorii economici care doreau să participe la licitație puteau depune ofertele, conform celor două erate de prelungire a termenului publicate în SICAP de către autoritatea contractantă. În cadrul licitației conform documentului emis de către autoritatea contractantă - declarație de participare din 12.09..... în SICAP, aceasta a precizat că în cadrul procedurii s-au înscris doi ofertanți, el, alături de un alt ofertant.

În etapa incipientă de evaluare a ofertelor, mai exact în etapa de evaluare a DUAE și a cerințelor de calificare, autoritatea contractantă emite o solicitare de clarificări nr. 9850 din 13.09..... prin care a solicitat clarificări/justificări în legătură cu anumite informații din cadrul acordului de subcontractare, mai exact să justifice de ce în acordul de subcontractare încheiat între asociatul .....și .....SRL nu este trecut valoric și procentual (%) partea/părțile din contract care se vor subcontracta.

Contestatorul susține că a depus răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1049 din 14.09....., la care a atașat și formularul DUAE revizuit al asociatului SC SORAGMIN SRL, unde în partea a II- a capitolul D, a precizat atât denumirea subcontractantului, ...SRL, cât și proporția de subcontractare, considerând că a clarificat toate aspectele pe care autoritatea contractanta le-a dorit a fi lămurite.

Contestatorul redă răspunsul la solicitarea de clarificări: „Referitor la procedura simplificată de atribuire a contractului: «proiectare și execuție - înființare rețea de alimentare cu apa în satul floreni, oraș Murgeni, județul .....», conform anunț de participare simplificat nr. ..... din ....., precum și solicitarea dumneavoastră de clarificări nr. 9850/13.09....., vă transmitem răspunsul nostru, astfel:

1. Cu privire la acordul de subcontractare încheiat între .....și .....SRL respectiv a faptului că în acordul de subcontractare nu este trecută valoarea lucrărilor ce se vor subcontracta, vă transmitem următoarele :

- Valoarea lucrărilor executate de către subcontractant nu a fost precizată într-un document de calificare cum este acordul de asociere,

deoarece prin calcule matematice simple se poate afla valoarea ofertei financiare prezentate de către Asocierea SC ....;

- Procentul lucrărilor executate de către subcontractanți, respectiv societatea .....SRL , se regăsește în pag. 5 din cadrul ofertei financiare prezentate în SEAP , în cadrul anexei la formularul de ofertă;

- În cadrul acordului de subcontractare nr. 336/23.08..... prezentat în SEAP, se precizează că valoarea lucrărilor ce se vor executa de către subcontractantul .....SRL, este conform ofertei prezentate de către subcontractant, aceasta valoare fiind prezentată sub forma procentuală (respectiv 0,5% din totalul lucrărilor) în pag. 5 din cadrul ofertei financiare prezentate în SEAP;

-Deși dumneavoastră susțineți că în fișa de date și în formularul model de acord de subcontractare se solicita valoric și procentual partea/părțile de contract care se vor subcontracta, precizam că noi am respectat Modelul de «Acord de subcontractare» pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, model care nu are astfel de cerințe;

- Legat de datele de identificare a subcontractantului, acestea se regăsesc atât în DUAE aferent .....SRL cât și în acordul de subcontractare și sunt următoarele:

.....SRL, cu sediul în: ..... 479, camera 1, județul Suceava, telefon (...), numărul de înmatriculare ....., reprezentată prin (...) - administrator.

- În legătură cu articolul 63 aliniatul (2) din Legea nr. 98/2016, aceste prevede: (2) autoritatea contractantă publică prin mijloace electronice denumirea și datele de identificare ale ofertantului/candidatului/ subcontractantului propus/terțului susținător, în termen de maximum 5 zile de la expirarea termenului-limită de depunere a solicitărilor de participare/ofertelor, cu excepția persoanelor fizice, în cazul cărora se publică doar numele.

Prin urmare, acesta solicită autoritarii contractante sa publice „datele de identificare" ale ofertanților, nu și procentele de asociere/subcontractare.

- Precizăm încă odată că în modelul de acord de subcontractare, pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, la articolele 1, 2, 3, 4 și 7 se solicita doar tipul de subcontractare (lucrări, produse, servicii). Dacă în modelul de formular pus la dispoziție în loc de (lucrări, produse, servicii) s-ar fi solicitat (valoarea în lei și procentul în %), noi ne-am fi conformat și am fi completat aceste informații în acordul de subcontractare.

-În DUAE pus la dispoziție de autoritatea contractantă, nu este activ câmpul în care se specifică proporția de ..... SORAGMIN SRL, a fost prezentat subcontractantul .....SRL dar nu a putut fi scris și procentul din contract pe care urmează să-l execute. Aceasta reprezintă o inadvertență de formă apărută în completarea DUAE și în conformitate cu prevederile notificării ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți, a unui DUAE revizuit. Având în vedere această prevedere legală, vă transmitem formularul DUAE revizuit al asociatului SC ..... SRL, unde, la partea a II-a capitolul D, am precizat atât denumirea

subcontractantului, ...SRL cât și proporția de subcontractare (....)".

Contestatorul susține că, ulterior răspunsului trimis în termenul legal, autoritatea contractanta nu i-a mai comunicat nici o altă solicitare până la emiterea comunicării de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă motivat de aspectele invocate anterior.

Contestatorul menționează că așa cum rezultă din cadrul informațiilor aflate în SICAP în legătură cu procedura de atribuire a acestui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă:

- a finalizat evaluarea documentelor de calificare și a propunerilor tehnice în data de 15.10.....;

- a finalizat evaluarea financiară în data de 01.11.....

- ulterior, fiind selectat câștigătorul în data de 05.11....., urmând a fi atribuit contractul de achiziție publică.

Tot în data de 05.11....., autoritatea contractantă a emis documentul comunicare ..... procedură nr. 12060 din 05.11....., prin care oferta depusă de contestator a fost declarată inacceptabilă.

Contestatorul, considerând netemeinică și ilegală comunicarea emisă, formulează prezenta contestație.

Un prim argument, prezentat de contestator sunt susținerile contrare ale autorității contractante care, așa cum rezultă din motivarea comunicării, susține că lipsa procentului și a valorii subcontractate din contractul de achiziție care urmează a fi atribuit ar fi împiedicat-o să întocmească și să publice declarația de participare cu ofertanții înscriși în cadrul licitației. Contestatorul consideră că acest lucru nu poate fi reținut ca un argument în motivarea respingerii ofertei, deoarece așa cum rezultă din cadrul SICAP în legătură cu procedura de atribuire, la data de 12.09....., ora 11:11, autoritatea contractantă a publicat această declarație de participare aferentă licitației, din care reiese implicit numele subcontractantului .....SRL al asociatului SC SORAGMIN SRL. Așa cum reiese din documentele care există la dosarul achiziției și pe care le atașează la prezenta contestație, sunt specificate toate aceste date în legătură cu participanții la licitație, implicit informațiile, chiar și procentul de subcontractare de 0,5% care este trecut însuși de autoritatea contractantă în respectiva declarație.

În concluzie, așa cum rezultă din data la care s-a publicat documentul, 12.09....., anterior emiterii solicitării de clarificări asupra ofertei sale în legătură cu acest aspect, 13.09....., autoritatea contractantă nu a fost în imposibilitatea publicării acestei declarații așa cum se susține în cadrul comunicării.

Tot în legătură cu această imposibilitate a completării declarației, autoritatea contractantă face apel la dispozițiile art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care așa cum reiese din textul legal, nu rezultă o obligativitate în a publica și procentul de subcontractare.

Un alt argument în admiterea contestației este faptul că, din documentele analizate strict în aceasta etapă a evaluării DUAE și a

documentelor de calificare, rezultă date în legătură cu modalitatea de asociere și de subcontractare:

A. Autoritatea contractantă cunoștea existența acordului de subcontractare. Contestatorul precizează că în cadrul ofertei s-a depus acordul de subcontractare nr. 336/23.08..... între asociatul .....și subcontractantul .....SRL. Din cadrul acestui contract rezultă partea din contract care se va subcontracta (lucrările/activitățile care urmează a fi subcontractate acestuia, respectiv execuția subtraversărilor cale ferată prin forai orizontal). Deoarece în formularul de acord de subcontractare, așa cum rezultă din cadrul secțiunii formulare puse la depoziție ofertanților anterior în cadrul documentelor publicate de către autoritatea contractantă, nu s-a solicitat și specificarea strict în cadrul acestui document (deoarece în cadrul ofertei inițiale exista) și a valorii lucrărilor și a procentului de subcontractare, contestatorul precizează că nu a completat aceste date, deoarece nu s-au cerut în cadrul acestui document. La momentul întocmirii ofertei, a considerat că trebuie să respecte cerințele din cadrul acestor documente și să completeze câmpurile lăsate libere conform implicit recomandărilor care există în aceste formulare tipizate. Astfel la art. 2 din acordul de subcontractare se constată că la valoarea lucrărilor nu există vreo obligativitate în sensul completării și a procentului de subcontractare și a valorii lor, deoarece autoritatea contractantă specifică în cadrul formularului, că valoarea acestor lucrări este conform ofertei prezentate de către subcontractant. Contestatarul consideră că nu a făcut decât să completeze acest formular astfel cum i s-a solicitat, neavând nici o culpă în lipsa acestui procent în cadrul acestui document solicitat.

B. Contestatorul susține că și existența DUAE-ul depus de către operatorul economic subcontractant .....SRL din care, la rubrica A de la pagina 4 (rolul acestuia), reflectă care este rolul acestuia în cadrul licitației, lucrările cărui asociat le va subcontracta și care sunt aceste lucrări efective care urmează a fi realizate de către aceasta.

Chiar dacă inițial dintr-o eroare în cadrul DUAE-ul depus de către asociatul .....(cel care subcontractează lucrări), nu se menționează în DUAE-ul propriu, participarea la procedura a subcontractantului .....SRL, acest lucru nu putea constitui un impediment în luarea în considerare și a celorlalte documente arătate mai sus care atestă această subcontractare. Nici un text legal din materia achizițiilor publice nu împiedica autoritatea contractantă să coreleze toate informațiile care se afla în cadrul ofertei depuse, chiar și la cele care are limitativ acces în aceasta etapa de evaluare (DUAE, acordul de asociere, acord de subcontractare, documente de calificare, propunere tehnica).

Contestatorul susține că în scopul remedierii acestei erori a depus atașat răspunsului la solicitarea de clarificări în data de 14.09..... și DUAE-ul revizuit al asociatului .....în care a specificat

implicit și procentul de subcontractare, așa cum a expus și în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă consideră în mod greșit, că informația oferită prin răspunsul dat la solicitarea de clarificări, (precum ca, procentul de subcontractare este în anexa la oferta financiara la pagina 5), nu este de folos comisiei de evaluare în această etapă, deoarece oferta financiară este criptată în acest moment al evaluării (de evaluare DUAE și cerințe de calificare), decriptarea ei putându-se face după evaluarea propunerii tehnice, neavând în acest moment acces la ea. În susținerea afirmației anterioare invocă art. 150 alin (2) din anexa la HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, și fișa de date a achiziției puse la dispoziție în SICAP, unde se menționează la III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională cap. de subcontractare astfel: *„în cazul în care are intenția să subcontracteze parte/părți din contract, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspect".*

Contestatorul consideră că un alt argument în admiterea contestației este și faptul că inadvertența privind lipsa procentului de subcontractare, chiar dacă i-ar fi imputată, nu ar putea constitui decât un viciu de formă în cadrul procedurii care ar putea fi clarificat prin intermediul solicitării de clarificări astfel trimise de către autoritatea contractantă, aceasta realizându-se încă din data de 14.09....., în acest sens invocând art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele precizate anterior, date fiind și prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016, contestatorul consideră că autoritatea contractantă era și este obligată de a admite completarea formală și de confirmare a ofertei noastre (aceste date se regăseau în cadrul ofertei încă de la momentul depunerii) implicit cu valoarea și procentul de subcontractare a lucrărilor din contract.

În sprijinul admiterii contestației, contestatorul invocă jurisprudența CNSC.

Contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ....., din data de ....., emisă de CEC Bank, unitatea ....., în valoare de ....,00 lei, pe seama și la dispoziția CNSC.

Prin adresa nr. ...../.....-...../19.11....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției.

Prin documentul nr. 12485/16.11....., înregistrat la CNSC sub nr. 49818/29.11....., autoritatea contractantă primite punctul de vedere cu privire la contestație și dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă invocând art. 88 alin. (3) prima teză din Directiva 25/2004/UE, art. 150 alin. (2) din HG nr. 395/2016, fișa de date - Cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala *„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor*

menționate: Informații privind subcontractară (dacă este cazul): În cazul în care are intenția să subcontracteze parte/părți din contract, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridica partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte" și formularul F3 - modelul acordului de subcontractare care prevede:

„2. Obiectul contractului:

art. 1. _____ ce fac obiectul prezentului contract sunt _____ de:

- _____

- _____

art.2. Valoarea _____ este conform ofertei prezentate de subcontractant ", consideră că cerința a fost clară și explicită, solicitarea prevăzută în cadrul documentației de atribuire având caracter obligatoriu pentru ofertant. Totodată, susține că această cerință în discuție este în strictă conformitate cu prevederile legale mai sus menționate.

Având în vedere art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 395/ 2016, contestatorul trebuia să elaboreze oferta în conformitate cu documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante.

Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu, fiind incidente și prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă mai precizează că la DUAE, la rubrica *„Operatorul economic intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?"*, contestatorul a bifat *„Nu"*, opțiune semnată și asumată de reprezentanții ofertantului.

Totodată contrar acestor evidențe s-a prezentat un acord de subcontractare fără valoare și fără procent alocat, ceea ce semnifică, în fapt, o recunoaștere a subcontractării în parte a contractului. Prin această din urmă declarație se infirmă, practic, cele declarate anterior, contestatorul admițând că nu va executa integral ea însăși lucrarea licitată.

Autoritatea contractantă consideră că și-a modificat oferta, în sensul că, dacă inițial declara că nu are subcontractanți la execuția lucrării, acum recunoaște că unele lucrările se vor realiza de către societatea .....SRL.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că oferta a fost modificată, în sensul că declarația privind lipsa de subcontractanți depusă inițial nu corespundea realității, întrucât o parte determinată din contract urmează a fi executată de terțul subcontractant amintit, motiv care a atras respingerea ofertei de către autoritatea contractantă.

Din datele expuse de părți reiese că ofertantul a atras un subcontractant în etapa de evaluare a ofertelor (precontractuală),

subcontractant ce nu a fost declarat inițial, situație care nu este permisă de lege în această etapă nici măcar cu acordul autorității contractante.

Subcontractanții reprezintă un element esențial al propunerii tehnice a ofertantului și, nefiind declarați în ofertă, nu pot fi cooptați ulterior, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, astfel cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Acceptarea introducerii în procedură a subcontractantului conduce, în mod indubitabil, la crearea unui avantaj acestui ofertant și încălcarea atât a principiilor tratamentului egal și nediscriminării, cât și a prevederilor art. 60 alin (1) din HG nr. 395/2016.

În susținerea celor afirmate anterior autoritatea contractantă invocă practica instanțelor.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră ca fiind nefondate și neconforme cu situația reală cele contestate.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: .....»", cod CPV ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este ..... lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate - preț".

Analizând obiectul contestației, Consiliul reține că acesta îl constituie adresa de comunicare ..... procedură nr. ..... prin care s-a respins ca inacceptabilă oferta aparținând Asocierii SC .... motivul principal fiind că, în acordul de subcontractare încheiat între asociatul SC SORAGIN SRL și .....SRL nu s-a menționat valoric și procentual (%) partea/părțile din contract care se vor subcontracta iar în subsidiar se invocă faptul că membrii asocierii au omis să menționeze în DUAE pe subcontractantul .....SRL.

Raportat la acest aspect, Consiliul reține faptul că în instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SICAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[...../00018] FisaDate_ DF1016528.pdf", la capitolul III.1.3. a) Capacitatea tehnică și /sau profesională se precizează: „Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: (...) Informații privind subcontractarea (dacă este cazul):

În cazul în care are intenția să subcontracteze parte/părți din contract, ofertantul are obligația de a cuprinde ***în oferta sa*** *denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora,* ***partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia****, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte (...)",* modalitatea de

îndeplinire a cerinței respective fiind stabilită astfel: „***Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor, inclusiv de către subcontractanții nominalizați în ofertă***. *Documentele justificative vor fi prezentate obligatoriu la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Autoritatea contractantă va solicita, la încheierea contractului de achiziție publică, prezentarea contractelor de subcontractare încheiate între viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă. Contractele prezentate trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.* ***Acordul de subcontractare se va prezenta odată cu depunerea DUAE***. *Documentele justificative care probează cele asumate în acord vor fi solicitate de autoritatea contractantă doar ofertantului declarant câștigător, respectiv ofertantului clasat pe primul loc*”.

Față de cele de mai sus rezultă că operatorii economici nu au obligația de a menționa valoarea părții din contract care va fi subcontractată în cadrul DUAE, ci în cadrul ofertei.

În considerarea celor mai sus menționate Consiliul urmează a stabili dacă omisiunea de a menționa în cadrul DUAE depuse de asociat datele aferente subcontractantului poate fi calificată inadvertență de fond, imposibil de corectat sau în intră în categoria inadvertențelor de formă, pentru care se poate solicita DUAE revizuit.

Legiuitorul român în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09.2017 (postată pe site-ul oficial ..... a detaliat diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate, astfel:

„În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații: a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări; b) inadvertențe de fond, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE atașat ofertei/candidaturii.

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE.

*Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, **în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant**/ terț susținător/asociat.*

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, „comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora […]"; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, „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 […]".

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAE revizuit.

În lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă. Autoritatea/ entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: „autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „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".

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției".

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că *„DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a*

declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice".

De asemenea, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, *„DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție".*

Relevante în soluționarea prezentei contestații sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi".

Relevante sunt și dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege"*.

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul.

În cazul de față, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat în etapa de evaluare a DUAE și a cerințelor de calificare, la solicitarea de clarificări din partea contestatorului prin adresa nr. 9850/13.09..... în sensul justificării: „de ce în acordul de subcontractare încheiat între .....și .....SRL nu este trecut valoric și procentual (%) partea/părțile din contract care se vor subcontracta", la care contestatorul a depus răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1049/14.09....., atașând și formularul DUAE revizuit al asociatului SC SORAGMIN SRL, unde la în partea a II-a capitolul D a precizat atât denumirea subcontractantului .....SRL cât și proporția de subcontractare. De asemenea, contestatorul menționează în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări că procentul lucrărilor executate de către subcontractantul .....SRL se regăsește conform ofertei prezentate în cadrul ofertei financiare prezentate în SEAP, acesta fiind de 0,5% din totalul lucrărilor.

Noua legislație în domeniul achizițiilor a fost elaborată tocmai pentru a veni în sprijinul ofertanților, cu scopul de a stimula competiția, și nu de a o restrânge, motiv pentru care în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat și nu sunt de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Având în vedere modalitatea în care a formulat autoritatea contractantă cerința de calificare privind subcontractanții, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 55 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:*
  a) ***partea/părțile din contract*** *pe care intenționează să o/le subcontracteze;* ***și***
  b) ***datele de identificare ale subcontractanților*** *propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare*”;
- art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă publică prin mijloace electronice* ***denumirea și datele de identificare*** *ale ofertantului/candidatului/****subcontractantului*** *propus/terțului susținător, în termen de maximum 5 zile de la expirarea termenului-limită de depunere a solicitărilor de participare/ofertelor, cu excepția persoanelor fizice, în cazul cărora se publică doar numele*”.

Verificând, la rândul său, oferta contestatorului și răspunsul acestuia la solicitarea de clarificare, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- la pag. 1 din oferta contestatorului se regăsește acordul de subcontractare nr. 336/23.08..... încheiat între operatorul economic .....având calitatea de asociat în cadrul asocierii SC .... și operatorul economic .....SRL în calitate de subcontractant, potrivit căruia subcontractantul .....SRL urmează să execute în cadrul contractului ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură de atribuire lucrări de subtraversare cale ferată prin foraj orizontal;
- în acordul de subcontractare sunt menționate atât datele de identificare are subcontractantului .....SRL cât și partea/ părțile din contract pe care acesta urmează să le execute, respectiv *„execuție subtraversări cale ferată prin foraj orizontal*”;

- la pag. 105-121 din oferta contestatorului se regăsește DUAE completat de .....SRL, potrivit căruia acesta are în cadrul grupului de operator economici rolul de *„subcontractant pentru .....– proiectare și execuție subtraversări linii CF*”;
- în DUAE depus de subcontractantul .....SRL sunt enumerate datele de contact ale acestui operator economic.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că asocierea SC .... a precizat în documentele transmise autorității contractante la data limită de depunere a ofertei atât partea din contract care urmează fi executată de subcontractantul .....SRL cât și datele de identificare ale acestuia.

Având în vedere:

- faptul că .....SRL a descris în documentele anterior menționate partea din contract pe care o va executa și datele sale de identificare,

precum și

- acceptul .....de a subcontracta acestuia lucrările de subtraversare, exprimat prin semnătura olografă și ștampila aplicată pe acordul de subcontractare,

Consiliul apreciază selectarea/bifarea răspunsului „Nu” de către .....la întrebarea din DUAE „operatorul economic intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?” nu poate fi considerată inadvertență de fond astfel cum a procedat autoritatea contractantă, ci inadvertență de formă rezultată prin acționarea eronată cu mouse-ul a butonului „nu” în loc de „da” din formularul DUAE, inadvertență a cărui sens corect este susținut de conținutul celorlalte documente depuse în SICAP de Asocierea SC ...., respectiv de acordul de subcontractare însușit olograf de reprezentanții celor doi operatori economici și DUAE completat de subcontractant.

Fiind vorba de un viciu de formă în modul de întocmire a DUAE de către SC ..... SRL, susținut de precizările existente în DUAE întocmit de subcontractantul .....SRL și de acordul de subcontractare, Consiliul reține că în speță este incidentă situația prevăzută în notificarea ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09.2017 potrivit căreia *„Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAE revizuit*”.

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante potrivit căreia prin acceptarea depunerii unui nou DUAE s-ar crea un avantaj contestatorului în cauză, în condițiile în care acesta și-a asumat deja prin

DUAE inițial depus, responsabilitatea privind îndeplinirea criteriilor de capacitate, iar în această cauză nu s-a făcut dovada modificării ofertei depuse inițial de natură a crea un avantaj unui ofertant sau de a periclita prin aceasta procesul de evaluare și desemnare a ofertei câștigătoare.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr. 105/..... pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 1538/59/2017.

În cauza C 336/12, CJUE s-a pronunțat astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că ***articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente*** *(Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40)”.*

Ori, în speță, contestatorul a depus în cadrul ofertei, atât declarația DUAE din partea subcontractantului .....SRL cât și acordul de subcontractare nr. 336/23.08..... în care se regăsesc informațiile solicitate privind subcontractarea iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări a răspuns concludent astfel:

- a transmis un DUAE revizuit astfel cum prevede notificarea ANAP din 01.09.2017
  și
- la solicitarea comisiei de evaluare, a comunicat acesteia valoarea procentuală de 0,5% din valoarea contractului, informație care conform răspunsului transmis de contestator comisiei de evaluare, se regăsește în cadrul ofertei financiare publicate în SEAP (anexa la Formularul de ofertă nr. 10),

motiv pentru care respingerea de către autoritatea contractantă a ofertei contestatorului ca inacceptabilă apare ca fiind excesivă, nefiind în concordanță cu principul proporționalității reglementat în mod expres de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care prevederile legale obligă ofertantul să menționeze în ofertă partea și nu procentul subcontractat.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare argumentul autorității contractante, din cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. ....., potrivit cărora SICAP „solicită și completarea % de subcontractare, atunci când este cazul (...)” deoarece:

- potrivit art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația legală să publice prin mijloace electronice doar denumirea și datele de identificare ale operatorilor economici participanți, nu și alte informații prevăzute de vreo aplicație web cum ar fi procentul de subcontractare;

- conform art. 55 operatorul economic are obligația doar de a menționa partea/părțile din contract care se vor subcontracta și datele de identificare ale subcontractantului, valoarea lucrărilor subcontractate fiind solicitat de către autoritatea contractantă a fi prezentată în cadrul ofertei nu a DUAE, iar

- procentul de subcontractare a fost solicitat în cadrul anexei la formularul de ofertă (pag. 15 din setul de modele de formulare publicat de autoritatea contractantă în SICAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[...../00004] Formulare (4)-semnat.doc.p7s”) .

Mai mult, Consiliul reține că autoritatea contractantă avea cunoștință de existența subcontractantului și procentul de subcontractare chiar și anterior solicitării de clarificare nr. 9850/13.09....., deoarece denumirea subcontractantului, numele reprezentantului și procentul de subcontractare de 0,5% se regăsesc în cadrul declarației de participare elaborată în temeiul art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, această declarație fiind publicată în SICAP, în anexa anunțului de participare simplificat, în data de 12.09..... ora 11:11.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.