CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 102/..../4683
Data: 11.01.2018

Prin contestația nr. 296/18.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 54891/22.12.2017, formulată de către Asocierea ....S.p.A. – SC .... SRL, reprezentată prin S.C. .... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ....și convențional de Societatea de avocați „....”, cu sediul procesual ales în ...., împotriva comunicării nr. 12B/10057/23.11.2017 privind rezultatul etapei de verificare DUAE și a comunicării nr. 12B/10552/06.12.2017 reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, documente emise în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada ...., Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950”, coduri CPV ....-3 (Rev. 2), ...-3 (Rev. 2) și ....-6 (Rev. 2), inițiată de către ...., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

„- anularea Comunicării 12B/10552/6.12.2017 şi a tuturor actelor subsecvente şi/sau conexe;

- obligarea autorităţii contractante să dispună înlocuirea terţului susţinător în temeiul prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- reevaluarea DUAE depuse de subscrisa;

- suspendarea procedurii de atribuire”.

Cererea de suspendare a procedurii, a fost soluționată de Consiliu prin Încheierea nr. 680/..../4683/28.12.2017, fiind respinsă, ca nefondată.

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

În susținerea contestației sale, contestatoarea critică decizia autorității contractante privind declararea ofertei sale ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, precizând că în răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă aceasta menționează că nu va lua măsuri de remediere în sensul „dispunerii de către autoritatea contractantă a înlocuirii terțului susținător în temeiul prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016”.

Contestatoarea arată că, în etapa evaluării DUAE, prin adresa nr. 12B/9589/15.11.2017, autoritatea contractantă i-a solicitat o serie de clarificări privind modul de îndeplinire a cerinţei nr. 3 „lista de utilaje de care va dispune pentru realizarea contractului”, din Partea IV: Criterii de selecţie - Secţiunea - C: Capacitatea Tehnică și Profesională, comisia de evaluare constatând că din lista de utilaje prezentată de liderul Asocierii - ....S.p.A., reiese că dispune de 27 bucăţi Autobasculante şi 5 bucăţi Autogredere.

Contestatoarea susține că, în răspunsul formulat, a menționat că, în conţinutul formularului DUAE, a prezentat atât autobasculante şi autogredere, cât şi utilaje care îndeplinesc aceleaşi funcţionalităţi, din însumarea acestora rezultând că dispune de un număr de 28 autobasculante, 40 unităţi tractor şi 40 unităţi semiremorcă, în total 68 unităţi autobasculante, îndeplinind astfel cerințele de calificare.

Contestatoarea menționează, totodată, că, dintr-o eroare materială, a precizat în DUAE în mod greşit numărul utilajelor de care dispune pentru execuţia lucrărilor de nivelare a terasamentelor, respectiv a omis, din eroare materială, utilajele care îndeplinesc aceleaşi funcţionalităţi cum sunt buldozerele şi buldoexcavatoarele. În acest sens, contestatoarea susține că toate utilajele solicitate de autoritatea contractantă sunt menţionate în cadrul Propunerii tehnice - Formularul nr. 4 Echipamente/instalații/utilaje la dispoziția ofertantului pentru executarea contractului, respectiv, la paginile 727-752 sunt menţionate 9 utilaje Autograder la poziţiile 43, 44, 45, 46, 47, 59, 60, 73 (cu 2 buc.), 5 utilaje Buldozer la poziţiile 72 (4 buc.), 142 (1 buc.) şi 6 utilaje buldoexcavatoare la poziţiile 79 (3 buc.), 145 (1 buc.), 146 (2 buc.).

Contestatoarea susține, totodată, că, prin adresa nr. 28/10057/23.11.2017, fără a solicita clarificări suplimentare, autoritatea contractantă a respins oferta Asocierii ....SPA- SC .... SRL în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ca fiind inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, motivația autorității contractante fiind aceea că:

„- niciun potenţial ofertant nu a solicitat clarificări cu privire la numărul de 17 bucăţi de autogredere solicitate şi cu privire la posibilitatea de ofertare a altor utilaje similare autogrederelor;

- posibilităţile tehnologice oferite de către buldozer şi buldoexcavator nu pot fi similare cu cele ale unui autogreder, deoarece, spre deosebire de autogreder care este un utilaj care are posibilităţi tehnologice multiple de folosire pe şantier, atât în cazul lucrărilor de terasamente (scarificare, săpare, împrăştiere, nivelare), cât şi pentru lucrările de suprastructură rutieră, aşa cum sunt lucrările de aşternere şi nivelare a straturilor din agregate naturale din componenta structurii rutiere, respectiv este un utilaj specializat în principal pentru lucrări de precizie, finisare suprafeţe, politura taluzelor, împrăştiere şi nivelare straturi din agregate natural".

Contestatoarea formulează critici și cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat înlocuirea terțului susținător (SC ....TT SRL), deși comisia de evaluare a constatat că, în DUAE, s-a declarat că pentru îndeplinirea Cerinței nr. 3, se folosește sprijinul unui terț susținător, însă, cu resursele declarate nu se îndeplinește cerința, invocând în acest sens practica CNSC. Contestatoarea consideră că, refuzul autorităţii contractante de a dispune înlocuirea terţului pe motiv că această măsură i-ar aduce avantaje incorecte, încalcă principiul proporţionalităţii, astfel cum a fost acesta explicitat în jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii Europene.

Fără a face demersuri obligatorii pentru clarificarea DUAE depuse de fiecare membru al asocierii şi de către terţii susţinători, precum şi conţinutul DUAE care face referire la modalitatea de îndeplinire a Cerinţei nr. 3 din Partea a IV-a, C din DUAE, comisia de evaluare a respins automat oferta ca inacceptabilă şi neconformă fără a solicita în prealabil înlocuirea terţului susţinător.

Pornind de la argumentul autorităţii contractante în sensul că niciun ofertant nu a solicitat clarificări în legătură cu autogrederele solicitate sau cu posibilitatea folosirii altor utilaje cu funcţionalităţi similare, contestatoarea subliniază faptul că, nu contestă documentaţia de atribuire în forma publicată şi acceptată de ofertanţi, ci interpretarea greşită a acesteia de către comisia de evaluare, interpretare care conduce la luarea unor măsuri disproporţionate faţă de scopul urmărit de autoritatea contractantă prin documentaţia de atribuire.

Contestatoarea susține, totodată, că, scopul impunerii Cerinţei nr. 3 fiind acela de a stabili capacitatea tehnică a ofertantului de a executa lucrările de terasamente care fac obiectul contractului pentru care nu s-au precizat caracteristicile obligatorii ale utilajelor și nu s-a impus utilizarea anumitor utilaje prin normativele menţionate în Cerinţele Beneficiarului, autoritatea contractantă trebuie să accepte demonstrarea îndeplinirii Cerinţei nr. 3 prin prezentarea unor utilaje cu funcţionalităţi similare, iar la analizarea Propunerii Tehnice să determine în ce măsură utilajele prezentate au capacitatea de a executa lucrările indicate de către ofertant în Propunerea tehnică la standardele impuse prin Cerinţele Beneficiarului.

În acest context, contestatoarea susține că, în cuprinsul Propunerii tehnice - Formularul nr. 4, Punctul VI Echipamente/instalații/utilaje, a

prezentat absolut toate tipurile de utilaje necesare (mult mai multe tipuri şi mai complexe, faţă de cele obligatorii care nu asigură execuţia lucrărilor ce fac obiectul contractului) pentru realizarea lucrărilor, aceste utilaje fiind corelate cu graficul de execuție al lucrărilor (prezentat la pagina 607- 613), fiind incluse în Propunerea financiară, ceea ce demonstrează că se vor realiza toate lucrările de proiectare şi execuție ofertate.

În dovedire, Asocierea ....S.p.A. – SC .... SRL, a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 55193/4683 ..../27.12.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante, printre altele, documentele necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, inclusiv DUAE depus de contestatoare, precum şi dovada transmiterii punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. 99893/22.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 55496/22.12.2017, autoritatea contractantă a transmis, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, documente relevante pentru soluționarea contestației.

Prin adresa nr. 92/888/10.01.2018, comunicată prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 1381/11.01.2018, autoritatea contractantă a transmis „Punctul de vedere al comisiei de evaluare cu privire la fondul contestației", prin care combate punctual criticile contestatoarei, reiterând considerațiile din comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire și solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei privind incidența în speța de față dedusă judecății a prevederilor art. 56 alin. (3) din Directiva nr. 24/2014 a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, autoritatea contractantă susține că „alin. (3)" nu există, iar prevederile art. 56 nu se aplică în speța de față.

Autoritatea contractantă susține, de asemenea, că prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, invocate de contestatoare, nu sunt aplicabile în speța de față și prezintă justificări în acest sens.

Referitor la susținerile contestatoarei privind obligația comisiei de evaluare de a solicita înlocuirea terțului susținător, pentru a face aplicarea dispozițiilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a considerat că solicitarea de clarificări nu se impunea în această situație întrucât ar fi produs un avantaj incorect acestui operator economic care a declarat un terț susținător pentru LABORATORUL DE GR. II, echipament care nu se regăsește pe lista echipamentelor obligatorii privind îndeplinirea Cerinței 3 din Fișa de date a achiziție Cap III 2.3 a).

Autoritatea contractantă mai arată că Asocierea ....SPA - SC ....SRL a prevăzut posibilitatea îndeplinirii criteriului referitor la capacitatea tehnică doar de către ofertant prin liderul de asociere ....SPA, prin

declararea de către contestatoare în DUAE la - Partea IV „Criteriile de selecție” - Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională” a utilajelor, fără a prezenta informații cu privire la îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică - cerința 3 din fișa de date a achiziției printr-un terț susținător în ceea ce privește numărul de autogredere, motiv pentru care, comisia de evaluare a considerat, în mod corect, că nu mai sunt necesare clarificări privind acest aspect.

În drept, autoritatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016 și pe orice alte dispoziții legale incidente în cauză.

Din documentele depuse la dosarul cauzei şi din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada ...., Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950”, coduri CPV ....-3 (Rev. 2), ...-3 (Rev. 2) și ....-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..../11.07.2017, stabilind termenul limită pentru depunerea ofertelor la 18.10.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” şi o valoare estimată de 1.834.035.567,66 lei, fără TVA.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, prin Decizia nr. ..... din 26.10.2017, Consiliul a soluționat contestația formulată de SC ....SRL împotriva documentației de atribuire, contestația fiind respinsă ca inadmisibilă.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 8 operatori și asocieri de operatori economici, printre care și contestatoarea din prezenta cauză, așa cum rezultă din procesul verbal de vizualizare, înregistrat sub nr. 2B/8614/30.10.2017.

Autoritatea contractantă a verificat DUAE-urile depuse de ofertanți și, în cadrul procesului verbal nr. 3, înregistrat sub nr. 12B/10053/23.11.2017, a stabilit rezultatul acestei etape, potrivit căruia oferta depusă de asocierea ....SPA – SC .... SRL a fost respinsă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) și art. alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumită de acest rezultat intermediar, comunicat prin adresa nr. 12B/10057/23.11.2017, asocierea ....SPA – SC .... SRL a depus prezenta contestație.

Atașat contestației, autoarea acesteia a prezentat dovada notificării prealabile a autorității contractante, respectiv adresa nr. 283/04.12.2017, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 12B/10552/06.12.2017, prin care autoritatea contractantă precizează că nu va lua măsuri de remediere.

Analizând contestația care formează obiectul prezentului dosar, rezultă că aceasta este formulată împotriva comunicării privind rezultatul etapei de verificare a DUAE, potrivit căreia oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr.

98/2016 coroborat cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, contestația vizând următoarele aspecte referitoare la acest rezultat intermediar:

- comunicarea nr. 12B/10552/06.12.2017 încalcă dispozițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul proporționalității, autoritatea contractantă nepermițând înlocuirea terțului susținător;

- comunicarea 28/10057/23.11.2017 și actele subsecvente și/sau conexe încalcă dispozițiile art. 209 alin. (1) din HG nr 395/2016 și ale art. 56 alin. (3) din Directiva 24/2014 precum și principiul proporționalității și cerințele bunei administrări a procedurii de atribuire;

- comunicarea 28/10057/23.11.2017 și actele subsecvente și/sau conexe încalcă principiul proporționalității bazându-se pe interpretarea greșită a dispozițiilor fișei de date a achiziției.

Din conținutul comunicării rezultatului intermediar al procedurii, aferent finalizării etapei de verificare DUAE, transmis contestatoarei, rezultă că motivul care a condus la respingerea ofertei contestatoarei a constat în faptul că aceasta nu a făcut dovada îndeplinirii capacității tehnice referitoare la utilajul „autogreder”, comisia de evaluare, neputând reține justificarea ofertantului ca fiind concludentă întrucât, posibilitățile tehnologice oferite de către buldozer și buldoexcavator nu pot fi similare cu cele ale unui autogreder.

Verificând conținutul documentației de atribuire Consiliul apreciază relevante în soluționarea prezentei contestații următoarele prevederi ale fișei de data a achiziției:

- III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința nr. 3:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că are la dispoziție/ are acces la următoarele utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor:

a) stație asfalt - 2 buc.

b) autobasculante - 68 buc.

c) excavatoare - 13 buc.

d) Eșaloane de asfalt - Repartizatoare asfalt - 2 buc.

e) Eșaloane asfalt – Compactoare asfalt - 6 buc.

f) autogreder - 17 buc.

g) macara - 4 buc.

h) lansator grinzi - 1 buc.”;

- modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, potrivit căreia:

„În vederea îndeplinirii cerinței, Ofertantul/Ofertantul asociat/Terțul susținător va completa DUAE - Partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională».

(...)

Nota 1: Accesul la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice indicate în cerință se poate face printr-unul sau mai multe dintre metodele următoare: deținerea în dotarea proprie, închiriere, comodat, leasing, contract de prestări servicii, etc.

Nota 2: Dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comună, cerința se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor

tuturor membrilor grupului. În aceasta situație, și ofertantul asociat va completa DUAE - Partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională».

De asemenea, împreună cu DUAE și cu oferta, se va încărca în SEAP și Acordul de Asociere, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

Nota 3: În vederea îndeplinirii cerinței, Ofertantul poate beneficia de susținerea unui/unor terț/terți. În acest sens vor fi respectate prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 48 din HG nr. 395/2016.

Nota 4: În cazul în care Ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț, terțul susținător va completa DUAE - Partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională».

Nota 5: În cazul în care beneficiază de susținere din partea unui terț, ofertantul va prezenta:

a) Angajamentul ferm privind susținerea capacității tehnice acordată de terțul susținător, în conformitate cu Formularul nr. 3C. Angajamentul ferm va fi încărcat în SEAP împreună cu DUAE și cu oferta și va fi semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

b) documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament. Aceste documente vor fi încărcate în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

c) documente care să ateste că are la dispoziție/are acces la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice pentru executarea contractului, tipul echipamentului/utilajului, producătorul și modelul echipamentului/ utilajului, seria și numărul echipamentului/utilajului.

Documentele menționate la pct. c) vor fi prezentate de Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, cu respectarea cerințelor privind semnarea electronică a documentelor.

Informații suplimentare privind terții susținători se regăsesc în secțiunea IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, pct. 4.

Nota 6: Utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice vor fi la dispoziția Ofertantului pentru executarea activităților specifice din cadrul contractului".

- IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei:

„4. INFORMAȚII PRIVIND TERȚII SUSȚINĂTORI.

Dacă Ofertantul beneficiază de susținere din partea unui/unor terț/ terți în vederea îndeplinirii unui/unor criteriu/ii de calificare, Ofertantul

are obligația de a completa DUAE, partea II «Informații referitoare la operatorul economic», secțiunea C «Informații privind utilizarea capacităților altor entități», menționând explicit denumirea operatorului economic/operatorilor economici care au calitatea de terț susținător/terți susținători, precum și criteriul/criteriile de calificare care urmează a fi îndeplinite de acesta/aceștia. (...)".

De asemenea, fiecare terț susținător va completa un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în:

- partea II «Informații referitoare la operatorul economic» - secțiunea A «Informații privind operatorul economic» și B «Informații privind reprezentanții operatorului economic»;

- partea III «Motive de excludere»;

- partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea B «Capacitatea economică și financiară» în situația în care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară;

- partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională», în situația în care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică - experiența similară si/sau la îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică - utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor".

Aceste prevederi ale documentației de atribuire nu au fost contestate în termen legal de niciun potențial ofertant, deci nici de către membrii asocieri contestatoare, astfel că ele și-au dobândit caracterul obligatoriu pentru părți, ofertanții având obligația de a elabora oferta cu respectarea întocmai a acestora, iar autoritatea contractantă având obligația de a evalua ofertele, respectiv de a verifica îndeplinirea de către ofertanți a cerințelor/criteriilor de calificare, cu respectarea regulilor stabilite în conținutul acesteia.

Pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea tehnică, asocierea ....SPA – SC .... SRL a depus DUAE al asociatului ....SPA, în cadrul căruia, în Partea II – Informații referitoare la operatorul economic, lit. C - Informații privind utilizarea capacităților altor entități, la întrebarea „Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos?", a bifat căsuța aferentă răspunsului „Da".

De asemenea, în cadrul aceluiași DUAE, Partea IV – Criterii de selecție, lit. C – Capacitatea tehnică și profesională, pct. 3, aferent cerinței „Va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente tehnice pentru executarea contractului", în legătură cu autogrederele, a indicat, pe de o parte, că trei dintre acestea sunt utilaje aflate în proprietatea sa (pag. 143 din dosarul transmis Consiliului de autoritatea contractantă), iar 2 autogredere sunt proprietatea UTILAJE SOCIETATATEA ....SPA, potrivit antecontractului de închiriere nr. 3241/24.10.2017 (pagina 144 din dosarul transmis Consiliului de autoritatea contractantă).

În legătură cu acest aspect, prin adresa nr. 12B/9589/15.11.2017, autoritatea contractantă a solicitat clarificări asocierii ....SPA – SC .... SRL, după cu urmează:

„(...) 1. Solicitare de Constatare:

Având in vedere prevederile din Documentația de atribuire, respectiv Fișa de date a achiziției Cap III.2.3. a) - CERINȚA NR. 3 «Ofertantul trebuie să demonstreze că are la dispoziție/are acces la următoarele utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor: (...) f) autogreder - 17 buc (...), Comisia de evaluare (...) solicita ofertantului să clarifice cum este îndeplinită CERINȚA NR. 3 din Fișa de date a achiziției".

Prin adresa nr. 3300/20.10.2017, asocierea contestatoare a răspuns solicitării autorității contractante precizând următoarele:

„(...) În ce privește utilajele Autogreder, precizăm că dintr-o eroare materială, subscrisa am precizat în DUAE în mod greșit numărul utilajelor de care dispunem pentru execuția lucrărilor de nivelare a terasamentelor.

Astfel, subscrisa am precizat utilajele Autograder, omițând din eroare materială utilajele care îndeplinesc aceleași funcționalități cum sunt buldozerele şi buldoexcavatoarele. Cu toate acestea, subliniem că subscrisa am menționat toate utilajele solicitate de autoritatea contractantă în cadrul Propunerii tehnice - Formularul nr. 4 Echipamente/instalații/utilaje la dispoziția ofertantului pentru executarea contractului, echipamentul disponibil și propus pentru desfășurarea contractului.

În acest sens, vă rugăm să observați paginile 727-752 din Propunerea tehnică în care subscrisa am menționat 9 utilaje Autogreder la pozițiile 43, 44, 45, 46, 47, 59, 60, 73 (cu 2 buc.), 5 utilaje Buldozer la pozițiile 72 (4 buc.), 142 (1 buc.) şi 6 utilaje buldoexcavator la pozițiile 79 (3 buc.), 145 (1 buc.), 146 (2 buc.).

Subliniem că un utilaj Buldozer este mult mai eficient pentru lucrările de terasamente, decât un Autograder, iar Buldoexcavatoarele sunt recomandate în practica inclusiv la nivelarea terasamentelor cum reiese din Normativul departamental privind executarea mecanizată a terasamentelor de drumuri, Indicativ C 182-87 sau din informațiile furnizate de anumiți producători (a se vedea spre exemplu http://www.spatiulconstruit.ro/ gama-de-produse/buldoexcavatoare-venieri-volvo-construction-quipment-obiect id=7959). Având în vedere că subscrisa am prezentat în cuprinsul Propunerii tehnice numărul corect de utilaje solicitate pentru executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică, vă rugăm să constatați că oferta subscrisei îndeplinește cerințele de calificare, iar remedierea erorilor nu acordă un avantaj subscrisei în raport cu ceilalți ofertanți. Față de clarificările oferite prin prezenta adresă, vă rugăm să constatați că toate aspectele asupra cărora au fost solicitate clarificări se regăsesc în documentele depuse de către subscrisa și că clarificările oferite vizează regretabile vicii de forma astfel cum sunt acestea definite prin art. 135

alin. (3) din HG nr. 395/2016, respectiv «erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul şi de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. Subliniem că astfel de clarificări nu sunt de natură să creeze un avantaj în favoarea subscrisei sau să dezavantajeze alţi participanți. (...)".

Membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns și au stabilit, așa cum rezultă din conținutul procesului verbal nr. 3, înregistrat sub nr. 12B/10053/23.11.2017, că acesta este neconcludent, considerând că nu este îndeplinită cerința cu privire la demonstrarea că ofertantul are la dispoziție/are acces la 17 buc. autogredere, autoritatea contractantă considerând că buldozerul nu poate executa exact acele lucrări pentru care este destinat un autogreder și nu se asimilează cu acesta în timp ce buldoexcavatorul este un utilaj mai mic, cu putere mai mică și eficientă mai mică care nu se poate asimila în consecință unui autogreder și nu execută acele operațiuni pentru care este destinat un autogreder.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că adresa înregistrată sub nr. 12B/10552/06.12.2017, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, prin care aceasta a refuzat să solicite contestatoarei înlocuirea terțului susținător, ar încălca dispozițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul proporționalității, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată.

În cadrul DUAE depus de asociatul ....S.p.A., așa cum s-a reținut anterior, ofertantul a indicat, la pct. 3 al cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, aferent cerinței „Va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente tehnice pentru executarea contractului", ca terț susținător pe ofertantul SC ....TT SRL, pentru „Laborator gr. II, nr. autorizație 2272/14.06.2011, Anexa nr. 1 din 15.06.2015" (pag. 144 din dosarul achiziției transmis Consiliului de către autoritatea contractantă), din conținutul angajamentului de susținere completat de terțul susținător (pag. 127 din dosarul achiziției) rezultând următoarele:

„(...) ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția asocierea ....S.p.A. – SC .... SRL utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice necesari pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică. Utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice, după caz pe care noi SC ....TT SRL le vom mobiliza în cazul în care contractantul (...) întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului sau se află în imposibilitatea de a derula contractul ***sunt următoarele: Laborator de Gr. II****, Autorizație 2272/14.06.2011, reînnoită la data de 15.06.2015. Astfel, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil să ducem la îndeplinire integrală, reglementară și la termen obligațiile asumate de asocierea ....S.p.A. – SC .... SRL prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și*

autoritatea contractantă, ***pentru partea asumată prin prezentul angajament*** *()".*

Potrivit art. 183 din Legea nr. 98/2016, *„(1) Autoritatea contractantă verifică dacă* ***terţul****/terţii care asigură susţinerea în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară ori privind capacitatea tehnică şi/sau profesională* ***îndeplineşte****/ îndeplinesc* ***criteriile relevante privind capacitatea*** *sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167.*

(2) ***Dacă terţul****/terţii* ***nu îndeplineşte****/îndeplinesc* ***criteriile relevante privind capacitatea*** *sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)".*

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul apreciază că, în cazul în care autoritatea contractantă ar fi constatat că terțul susținător SC ....TT SRL nu îndeplinește criteriul/cerința la a cărei îndeplinire s-a obligat, prin angajamentul de susținere, respectiv sub aspectul punerii la dispoziție a „laboratorului autorizat, gr. II", ar fi putut solicita ofertantului înlocuirea acestui terț cu un altul, care, însă, să susțină asocierea contestatoare sub aspectul aceluiași element al capacității tehnice (respectiv „laborator autoriza gr. II") și nu sub aspectul altor elemente ale capacității tehnice, așa cum dorește și susține contestatoarea.

Pe de altă parte, „laboratorul autorizat, gr. II" nu se regăsește în lista utilajelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice impusă de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, ofertanții nefiind obligați, astfel, la dovedirea deținerii/accesului unei/la o astfel de resursă, astfel că invocarea susținerii acestui terț este nerelevantă în prezenta cauză și nu ar fi putut conduce la o eventuală înlocuire a acestuia.

Acceptarea susținerii contestatoarei referitoare la obligația autorității contractante de a solicita, în această situație, înlocuirea terțului susținător ar conduce, într-adevăr, la crearea unui avantaj în favoarea asocierii contestatoare în condițiile în care prevederile legale citate în paragrafele anterioare, folosesc, în legătură cu susținerea asigurată de terț, sintagma „relevante", fiind evident faptul că înlocuirea unui terț susținător poate fi solicitată doar în referire la elementele capacității tehnice și profesionale/criterii referitoare la situația economică şi financiară la care s-a invocat susținerea și nu pentru alte elemente ale acestor capacități/criterii, a căror susținere nu a fost invocată inițial în cadrul DUAE.

Referirile contestatoarei la jurisprudența Consiliului nu pot fi reținute, având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți

iar, pe de altă parte, faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În aceste condiții, critica privind acest aspect este neîntemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că adresa nr. 28/10057/23.11.2017 și actele subsecvente și/sau conexe încalcă dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 134 alin. (1) din HG nr 395/2016 și ale art. 56 alin. (3) din Directiva 24/2014 precum și principiul proporționalității și cerințele bunei administrări a procedurii de atribuire, Consiliu constată că aceasta este neîntemeiată, așa cum rezultă din considerentele care urmează:

Astfel, în legătură cu DUAE-ul depus de asociatul ....S.p.A., se reține, așa cum s-a arătat și în paragrafele anterioare, că ofertantul a bifat „DA" la întrebarea *„Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos?*", din Partea II – Informații referitoare la operatorul economic, lit. C) - Informații privind utilizarea capacităților altor entități, a formularului DUAE pus la dispoziția ofertanților de către autoritatea contractantă și a indicat ca terț susținător, pentru „laborator autorizat gr. II", pe SC ....TT SRL, informațiile referitoare la terțul susținător regăsindu-se, la secțiunea referitoare la capacitatea tehnică (partea IV, lit. C, pct. 3).

Din conținutul DUAE-ului depus de asociatul SC .... SRL, rezultă următoarele:

- în Partea II – Informații referitoare la operatorul economic, lit. C) - Informații privind utilizarea capacităților altor entități, ofertantul a bifat „DA" la întrebarea *„Operatorul economic utilizează capacitățile altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și (dacă este cazul) criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos?*";

- în Partea IV – Criterii de selecție, lit. C – Capacitatea tehnică și profesională, pct. 1 aferent cerinței *„în perioada de referință operatorul economic a prestat următoarele servicii principale de tipul specificat: (...)"* ofertantul a precizat *„(...) cerința este îndeplinită prin susținere terță din partea Societății ....SA",* iar la pct. 3, aferent cerinței *„va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente tehnice pentru executarea contractului*", a indicat *„susținere terță: Laborator Gr. II, Nr. Autorizație 2272/14.06.2011, Anexa nr. 1 din 15.06.2015*", respectiv același laborator autorizat ca cel indicat de asociatul ....S.p.A.

În aceste condiții, analizând susținerea contestatoarei referitoare la faptul că în cadrul DUAE-urilor depuse de cei doi asociați nu au fost indicați, în Partea a II-a, și terții susținători, astfel că autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări pentru a stabili situația reală, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, în condițiile în care, așa cum rezultă din formularul DUAE pus la dispoziția ofertanților spre completare, precum și din mențiunile existente la pct. IV.4.3 – Modul de prezentare a ofertei, cerința 3, din fișa de date a achiziției,

autoritatea contractantă nu a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a indica terții susținători în partea a II-a a DUAE-ului, indicată de către contestatoare.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că adresa nr. 28/10057/23.11.2017 încalcă principiul proporționalității bazându-se pe interpretarea greșită a dispozițiilor fișei de date a achiziției, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, așa cum rezultă din motivele prezentate în continuare.

Astfel, potrivit art. 3 lit. z) din Legea nr. 98/2016, documentația de atribuire este definită ca fiind *„documentul achiziţiei care cuprinde cerinţele, criteriile, regulile şi alte informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerinţe sau elemente ale achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificaţiile tehnice ori documentul descriptiv, condiţiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidaţi/ofertanţi, informaţiile privind obligaţiile generale aplicabil”,* potrivit art. 154 din același act normativ autoritatea contractantă având obligația *„de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire”.*

De asemenea, potrivit art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă şi alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”*, ofertantul având obligația, potrivit art. 123 alin. (1) din același act normativ să elaboreze *„oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”.*

În speță, autoritatea contractantă, așa cum s-a reținut într-unul din paragrafele anterioare, a precizat în mod clar care sunt cerințele cu privire la „utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice pentru execuția lucrărilor”, solicitând ofertanților să dovedească/demonstreze, că au la dispoziție/au acces, printre altele, la 17 buc. autogreder. Asocierea contestatoare susține că îndeplinește această cerință de calificare prin luarea în considerare a 9 buc. autogredere și 11 utilaje (buldozere și buldoexcavatoare) care ar îndeplini aceleași funcționalități ca autogrederul.

În cadrul comunicării rezultatului etapei de verificare DUAE, transmis asocierii contestatoare, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

„1. AUTOGREDERUL este un utilaj care are posibilități tehnologice multiple de folosire pe șantier atât în cazul lucrărilor de terasamente (scarificare, săpare, împrăștiere, nivelare), cât și pentru lucrările de suprastructură rutieră, așa cum sunt lucrările de așternere și nivelare a straturilor din agregate naturale din componența structurii rutiere. Totodată autogrederul este un utilaj specializat în principal pentru lucrări

de precizie, finisare suprafețe, politura taluzelor, împrăștiere și nivelare straturi din agregate naturale, unde acesta are o productivitate sporită față de buldozer. Autogrederul este un utilaj complex destinat lucrărilor de terasamente definit astfel:

Autogrederul este un utilaj de construcții folosit la lucrările de pământ pentru înlăturarea stratului vegetal, formarea patului, profilarea şi nivelarea drumului, executarea rambleelor la terenuri plane prin săparea şi deplasarea pământului din gropi de împrumut, formarea şi finisarea taluzurilor la ramblee şi deblee în terenuri fără obstacole. Se utilizează de asemenea la amestecarea pământurilor cu diferite materiale de adaos sau cu lianţi, precum şi la împrăştierea lor, la săparea şanţurilor de scurgere şi scarificări uşoare. Autogrederele se mai folosesc la lucrări de întreţinere a drumurilor şi a şanţurilor şi la înlăturarea zăpezii de pe căile rutiere.

Echipamentul de lucru principal al autogrederului este lama centrală. Echipamentele auxiliare pot fi dinţii de scarificare şi lama frontală de buldozer. Lama centrală poate fi şi echipament de taluzare sau de săpare a şanţurilor, prin schimbarea poziţiei de lucru.

2. Buldozerul poate fi utilizat fie ca utilaj independent pentru întreg complexul de lucrări de terasamente (scarificare, tăiere, săpare, transport, împrăștiere, nivelare) fie ca utilaj auxiliar, în combinație cu alte utilaje (screper, autogreder, excavator). Totodată buldozerul este un utilaj specializat în principal pentru împingerea unor volume mari de material (pământ).

Buldozerul este tot un utilaj de terasamente, dar care execută un număr mic de lucrări și mai simple tehnologic.

Un buldozer nu poate executa exact acele lucrări pentru care este destinat un autogreder și nu se asimilează cu acesta.

3. Buldoexcavatorul este un utilaj auxiliar, care nu poate suplini parametrii tehnologici (ex: puterea utilajului, forța de tracțiune, capacitatea lamei/cupei) și productivitatea unui buldozer sau a unui autogreder, necesari în cazul unor proiecte mari de infrastructură rutieră.

Buldoexcavatorul este un utilaj complex, destinat unei game largi de lucrări de construcții, dar nu destinat anume lucrărilor de terasamente. El este utilizat cu precădere pentru încărcat materiale în mijloace de transport, săpături de mai mică anvergură, putând fi dotat cu diverse accesorii.

Buldoexcavatorul este un utilaj mai mic, cu putere mai mică și eficiență mai mică. Buldoexcavatorul nu se poate asimila în consecință unui autogreder și nu execută acele operațiuni pentru care este destinat un autogreder.

În concluzie un utilaj buldoexcavator nu poate suplini capacitatea tehnologică (tipurile de operațiuni) și productivitatea unui utilaj autogreder, indiferent de accesoriile suplimentare cu care buldoexcavatorul ar putea fi echipat. Un alt factor care face diferența

între capacitățile tehnologice ale celor două tipuri de utilaje este diferența de preț dintre acestea".

În analizarea criticii privind decizia autorității contractante de a respinge oferta asocierii contestatoare, Consiliul constată că, într-adevăr, potrivit literaturii de specialitate, autogrederul este un utilaj complex destinat lucrărilor de terasamente, echipamentul de lucru principal al acestuia, lama centrală, fiind mult mai mobilă decât cea a buldozerului [spre deosebire de buldozer a căruia lamă se poate roti în plan vertical longitudinal și transversal și în plan orizontal, lama autogrederului putând executa ridicări, coborâri, înclinări spre înapoi sau spre înainte, rotiri în plan orizontal (35°-40°)], iar schemele de tehnologizare mai complexe, în sensul că autogrederele permit scheme specifice (executare a șanțurilor prin tăiere evantai). Astfel, Consiliul constată că asocierea contestatoare nu a făcut dovada că utilajul propus pentru îndeplinirea cerinței de calificare în discuție este echivalent autogrederului, în speță fiind incidente dispozițiile art. 249 din Codul de procedură civilă, conform cărora *„Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege".*

Este nerelevant speței faptul că buldozerul îndeplinește mai multe funcții decât autogrederul, atât timp cât acesta nu îndeplinește cel puțin aceleași funcționalități ca autogrederul, neputându-se astfel concluziona că buldozerul este similar autogrederului, susținerea contestatoarei privind acest aspect neputând fi reținută de Consiliu.

În același sens, Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatoarei referitoare la faptul că buldoexcavatorul este similar autogrederului, în condițiile în care autoarea contestației nu a dovedit că cele două utilaje îndeplinesc în mod identic aceleași funcționalități.

Într-adevăr, autoritatea contractantă nu a impus anumite caracteristici legate de puterea utilajelor, însă, solicitând dovedirea deținerii/accesului de/la autogredere, autoritatea contractantă a stabilit gradul de complexitate a utilajului necesar, respectiv funcționalitățile ce trebuie îndeplinite de acesta.

În situația în care autoritatea contractantă ar permite ca în locul utilajelor „autogreder" contestatoarea să facă dovada că are la dispoziție/ are acces la alte utilaje, respectiv buldozere și buldoexcavatoare, ar fi încălcat principiul transparenței, stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, deoarece, în mod similar, alți operatori economici care poate au ales să nu participe la procedură din cauza acestei cerințe, ar fi putut dovedi în mod similar cerința privind utilajul în discuție. Pe de altă parte, o astfel de abordare a autorității contractante ar fi creat contestatoarei un avantaj evident în raport de ceilalți participanți la procedură, în condițiile în care, oferta contestatoarei a fost singura respinsă pentru acest motiv, celelalte 7 oferte fiind admise (aspect consemnat în procesul verbal nr. 3) dispunerea/accesul la utilajul „autogreder" neconstituind obiect al solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă celorlalți ofertanți.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea ....S.p.A. - SC .... SRL.

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de Asocierea ....S.p.A. - SC .... SRL, reprezentată prin SC .... SRL în contradictoriu cu .....

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 15 pagini.