CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) 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. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 521/18.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 54068/19.12.2017, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva actului administrativ nr. 27697/23.11.2017 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de servicii de proiectare pentru obiectivul „Reabilitarea şi modernizarea infrastructurii de transport regional între localităţile Matca- Valea Mărului – Cudalbi – Slobozia Conachii – Smârdan (DJ 251)”, organizată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 27697/23.11.2017 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea parţială a rezultatului/raportului procedurii în ce priveşte oferta SC … SRL,
- obligarea autorităţii contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei SC … SRL şi ulterior emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii în conformitate cu prevederile legale şi în condiţiile statuate în decizia ce se va pronunţa,
- anularea adresei nr. 28028/07.12.2017 reprezentând refuzul de a adopta măsuri de remediere ca urmare a notificării prealabile.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 521/18.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 54068/19.12.2017, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică rezultatul procedurii conform căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) şi

art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece cerinţa privind cifra de afaceri medie anuală care vizează activitatea din ultimii 3 ani nu este îndeplinită.

Contestatoarea menţionează că în cadrul documentaţiei de atribuire, în vederea îndeplinirii cerinţelor de calificare privind Capacitatea economică şi financiară, se prevede că *"Atunci când un grup de operatori economici depune oferta comuna, fiecare dintre aceştia trebuie să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi profesională proporţional cu cota de implicare în executarea viitorului contract".*

Având în vedere că procentul de implicare în cadrul contractului precizat iniţial în acordul de asociere ataşat DUAE era de 60% Explan SRL şi 40.... SRL, iar cifra medie de afaceri a ... SRL este de 708.577,33 lei şi cea a ... SRL este de 1.830.472 lei, raportat la cerinţa fişei de date privind cifra de afaceri de minim 2.200.000 lei, există o inadvertenţă în ce priveşte proporţionalitatea cotei de participare a ... SRL cu valoarea cifrei de afaceri - medie, astfel încât autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa 9250 din 24.10.2017, prin care solicită clarificarea modalităţii de îndeplinire a cerinţei.

În aceeaşi adresă, autoritatea contractantă precizează: "Comisia de evaluare va solicita să depuneţi un DUAE revizuit, în situaţia în care informaţiile iniţiale se modifică".

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 782 din 27.10.2017, contestatoarea a arătat că s-a redactat eronat acordul de asociere, şi a transmis acordul de asociere corectat în conformitate cu informaţiile prezentate în conţinutul propunerii tehnice, de unde se pot determina cotele de participare funcţie de personalul şi echipamentele pe care le implică fiecare asociat în cadrul contractului.

Astfel, deşi contestatoarea apreciază că eroarea criticată se încadrează în categoria viciilor de formă, aşa cum sunt acestea statuate în cadrul art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, totuşi, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei sale şi declararea acesteia ca inacceptabilă.

Contestatoarea arată că oferta sa a fost declarată inacceptabilă în mod nelegal, deoarece aceasta îndeplineşte cerinţa privind media cifrei de afaceri din ultimii 3 ani, aceasta fiind de 2 539 049.33 lei cumulat pe asociaţi, faţă de 2 200 000 lei - valoarea minimă solicitată în fişa de date pct. III.2.2.

Motivul invocat de autoritatea contractantă, în baza căruia oferta a fost declarată inacceptabilă, este neîndeplinirea cerinţei privind cifra de afaceri de către fiecare asociat proporţional cu cota de implicare în viitorul contract, şi asta deoarece autoritatea contractantă în mod ilegal a decis să nu accepte modificarea formală a acordului de asociere, în conformitate cu informaţiile din propunerea tehnică aşa cum s-a precizat în răspunsul la solicitarea de clarificări.

În ce priveşte proporţionalitatea cifrei de afaceri cu cota de implicare în viitorul contract, se arată că informaţiile precizate iniţial în DUAE şi documentele anexe, au fost redactate greşit, iar cota reală de implicare

reiese din conţinutul propunerii tehnice, unde au fost prezentate resursele cu care participă fiecare asociat la realizarea viitorului contract.

Din punct de vedere al implicării celor doi asociaţă, în cadrul contractului sunt identificate două tipuri de activităţi:

1. Activităţi ce se realizeză în comun de către ... SRL şi ... SRL, denumite activităţi comune având o valoare totală de 713,868.62 lei (conform ofertei financiare). În categoria activităţilor comune se regăsesc conform pag. 46 din propunerea tehnică, următoarele:

- Documentaţie tehnica pentru obţinerea autorizaţiei de construire (DTAC);
- Proiect Tehnic;
- Detalii de execuţie.

2. Activităţi ce se realizează exclusiv de către ... SRL şi subcontractorii săi denumite activităţi exclusiv ...având o valoare de 125.976,81 lei. În categoria activităţilor exclusiv ... se regăsesc conform pag. 46 din propunerea tehnică următoarele:

- Verificarea documentaţiilor tehnice conform Legii nr. 10/1995 (prin subcontractorul ... SRL);
- Asistenţă tehnică pe perioada de execuţie a lucrărilor (inclusiv fazele determinante şi modificările aduse proiectului).

Pentru a determina ponderea de implicare a asociaţilor în contract, în mod uzual se consideră valoarea ca fiind criteriul de evaluare astfel încât este necesară aprecierea din punct de vedere financiar a activităţilor.

Conform tabelului de mai jos întocmit cu valorile din propunerea financiară, ponderea activităților realizate în comun este de 85% din total contract, restul de 15% fiind activităţi care vor fi executate exclusiv de EXPLAN SRL.

	Valoare	Pondere în valoare contract
Activităţi comune	713.868,62	85%
Activităţi exclusiv EXPLAN	125.976,81	15%
Total	839.845,43	100%

În privinţa activităţilor realizate în comun, cantitatea de resurse ale fiecărui ofertant determină cota de implicare în contract. Resursele fiecărui ofertant sunt prezentate în propunerea tehnică la pag. 46-47 pentru personal şi pag. 66-67 pentru echipamente. Pentru fiecare tip de resursă s-a alocat o valoare în funcţie de activitatea care se realizează cu ajutorul resursei. Calculul s-a făcut luând în considerare o lungime de 30km drum (drum principal + drumuri laterale etc). La „personal" s-au inclus pe lângă costurile directe, toate cheltuielile indirecte şi profitul.

Echipamente imprimare, editare, consumabile etc. : 1350 x 30km = 40 500 lei / total activităţi comune,

Echipamente staţii de lucru, inclusiv software: 2350 x 30km = 70500 lei / total activităţi comune,

Echipamente foraje geo: 2000 x 30km = 60000 lei / total activităţi comune

Echipamente topo: 1400 x 30km = 42000 lei / total activităţi comune

- Personal: 38528.355 x 30km = 500,868.62 lei / total activităţi comune

De asemenea, contestatoarea detaliază calculul procentelor de implicare pentru fiecare asociat funcţie de resursele fiecăruia:

	...	... SRL	Valoare activităţi comune	Valoare ...	Valoare ...
1	2	3	4	4:(2+3)X2	4:(2+3)X3
Personal – nr. ingineri	3	10	500.868,62	115.585,06	385.283,55
Echipamente imprimare	1	4	40.500	8.100	32.400
Echipamente – staţii de lucru	3	8	70.500	19.227,27	51.272,72
Echipamente – foraje geo	0	1	60.000	0	60.000
Echipamente topo	0	1	42.000	0	42.000
		Total activităţi comune	713.868,62	142.912,34	570.956,28
		Activităţi exclusiv	125.976,81	125.976,81	0,00
		Total activităţi	839.845,43	268.889,15	570.956,28
		Pondere %	100%	32%	68%

Având în vedere ponderea personalului şi echipamentelor prezentate în propunerea tehnică pag. 46-47, rezultă o cotă de participare pentru activităţile realizate în comun, de 20% pentru ... SRL şi 80% ... SRL.

Pe de altă parte, societatea ... SRL (împreună cu subcontractorul ...SRL) va executa în procent de 100% următoarele activităţi:

- Verificarea documentaţiilor tehnice conform Legii nr. 10/1995,
- Asistenţa tehnică pe perioada de execuţie a lucrărilor.

În ce priveşte valoarea acestor două componente, după cum rezultă din oferta financară, activităţile realizate în comun de ... SRL şi ... SRL au o valoare de 713.868,62 lei, iar activităţile executate exclusiv de ... SRL au valoarea de 125.976,81 lei.

Astfel, în conformitate cu informaţiile existente în propunerea tehnică şi propunerea financiară, cota procentuală pentru fiecare dintre asociaţi este de 32% pentru ... SRL şi 68% pentru ... SRL.

Raportat la precizarea autorităţii contractante potrivit căreia *"Comisia de evaluare vă solicită să depuneţi un DUAE revizuit în situaţia în care informaţiile iniţiale se modifică"*, având în vedere că acordul de asociere este o anexă a DUAE, contestatoarea a retransmis Acordul de asociere în forma corectă, în conformitate cu informaţiile prezentate în propunerea tehnică şi propunerea financiară.

Contestatoarea apreciază că această eroare de redactare se încadrează în categoria viciilor de formă, deoarece corectarea acestora este susţinută în mod neechivoc de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate (propunerea tehnică şi propunerea financiară) iar corectarea are rol doar de clarificare/confirmare, nefiind

susceptibilă de a produce un avantaj incorect faţă de ceilalţi participanţi la procedură, deoarece nu schimbă clasamentul ofertanţilor, astfel încât, autoritatea contractantă avea obligaţia să accepte corectarea formală a procentelor stipulate în acordul de asociere.

Mai mult decât atât, chiar autoritatea contractantă prin precizarea din cadrul fişei de date de la pct. III.2.2) consideră ca inadvertenţă de formă chiar şi nedepunerea acordului de asociere, ori în speţă, precizarea eronată a procentelor de participare în acordul de asociere depus odată cu DUAE, este cu atât mai puţin sancţionabilă.

Fișa de date de la pct. III.2.2): *"Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terţului susţinător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susţinerea acestuia, a acordului de subcontractare şi/ sau a acordului de asociere, după caz. Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertenţe de formă ale informaţiilor cuprinse în secţiunile DUAE, atât ale ofertantului/ candidatului, cât şi ale subcontractantului/ terţului susţinător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire".*

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 683/20.12.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 54634/21.12.2017 cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL, iar ulterior, cu adresa de înaintare nr. 28700/21.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 46/03.01.2018, a fost transmisă documentaţia necesară soluţionării contestaţiei antemenţionate.

Autoritatea contractantă menţionează că pe parcursul evaluării DUAE, pe data de 24.10.2017, prin adresa nr. 9250, a solicitat o serie de clarificări contestatoarei, inclusiv lămurirea modului de îndeplinire a cerinţei minime de calificare din fişa de date a achiziţiei, privind capacitatea economică şi financiară ca urmare a constatării faptului că cifra de afaceri medie anuală precizată în DUAE era de 708.577,33 lei sub minimul solicitat prin fişa de date a achiziţiei raportat la cota de participare a asociatului ... SRL.

De asemenea, analizând Acordul de asociere încheiat între ... SRL şi ... SRL s-a constatat că la art. 6 se prevede *"în caz de adjudecare, asociaţii au convenit că cotele de participare în cadrul asocierii vor fi următoarele:*

1. *... S.R.L - 60% (şaizeci la sută),*
2. *... S.R.L - 40% (patruzeci la sută)".*

Astfel, raportat la cota declarată de societatea ... SRL de 60%, potrivit menţiunilor din fişa de date, nivelul minim al cifrei de afaceri trebuia să fie de 1.320.000 lei, însă valoarea declarată în DUAE de către asociatul ...SRL a fost de 708.577,33 lei.

În raport de aceste aspecte constatate şi de cerinţa prevăzută la Cap. III.2.2 din fişa de date a achiziţiei - *"Cifra de afaceri medie anuală care vizează activitatea din ultimii 3 ani să fie cel puţin egală cu valoarea de 2.200.000 lei. Ofertanţii vor prezenta bilanţurile contabile pentru anii 2014, 2015, 2016. (...)*

Atunci când un grup de operatori economici depune oferta comună, fiecare dintre aceştia trebuie să demonstreze îndeplinirea unui nivel al

criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi profesională proporţional cu cota de implicare în executarea viitorului contract", autoritatea contractantă a solicitat clarificări, prin adresa nr.9250/24.10.2017.

La această solicitare de clarificări contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 782/27.10.2017, în sensul că: *"Arătăm faptul că în conformitate cu datele prezentate în propunerea tehnică pag. 46-47 privind personalul şi pag. 66-67 privind echipamentele, cotele de implicare a celor 2 asociaţi sunt diferite faţă de acordul de asociere, care dintr-o eroare a fost redactat greşit. (...)*

Astfel, raportat la menţiunile din propunerea tehnică şi propunerea financiară, cota procentuală pentru fiecare dintre asociaţi este de 32% pentru ... SRL şi 68% pentru .... SRL".

De asemenea, anexat respectivului răspuns a fost transmis acordul de asociere modificat, din care la art. 6 prevede faptul *că "în caz de adjudecare, asociaţii au convenit ca cotele de participare în cadrul asocierii vor fi următoarele:*

1. ... S.R.L - 32% (treizeci şi doi la sută),

2. ... S.R.L. - 68% (şaizeci şi opt la sută)", în timp ce art. 10, prevede că: *"Repartizarea fizică, valorică şi procentuală a contractului de achiziţie publică preluate de fiecare asociat pentru obiectivul supus licitaţiei:*

1. ... S.R.L - prestare de servicii în procent de 60% din valoarea totaşă a contractului

2. ... S.R.L. - prestare de servicii în procent de 40% din valoarea totală a contractului".

Totodată, autoritatea contractantă precizează că din documentele anexate răspunsului la clarificări, respectiv extrasul din propunerea tehnică şi din propunerea financiară nu rezultă fără echivoc că, cotele de participare în cadrul asocierii vor fi: 32% (treizeci şi doi la sută) pentru SC ... SRL şi 68% (şaizeci şi opt la sută) pentru SC ... SRL, astfel cum susţine contestatoarea.

Susţinerea contestatoarei potrivit căreia modificarea respectivelor procente se "încadrează în categoria viciilor de formă" este nefondată având în vedere pe de o parte că, explicarea calculului noilor procente corectate este făcută abia în etapa contestaţiei, şi nu prin răspunsul la clarificări şi pe de altă parte că, nici în această etapă nu este însoţită de documente din care să rezulte noile procente.

În acestă situaţie, contrar susţinerilor contestatoarei, în prezenta cauza nu sunt incidente dispoziţiile art. 135 din HG nr. 395/2016, întrucât potrivit acestora *"viciile de formă reprezintă ocele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial 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 ceilalţi participanţi la procedura de atribuire".*

Astfel, cotele de participare aşa cum au fost modificate de contestatoare prin depunerea unui alt Acord de asociere nu sunt susţinute în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul informaţiilor prezentate în

cadrul documentului unic sau a documentelor anexate la răspunsul la clarificări.

Chiar prin răspunsul la clarificări pe care l-a transmis, precizează faptul că, "Având în vedere ponderea personalului şi echipamentelor prezentate în propunerea tehnică pag. 46-47, rezultă o cotă de participare pentru activităţile realizate în comun, de aproximativ 20% pentru ... SRL şi 80% ... SRL", însă, nu prezintă în susţinerea acestor cote şi extrase din propunerea financiară care să le confirme.

Astfel, faţă de informaţiile comunicate prin răspunsul la solicitarea de clarificării, în mod corect, comisia de evaluare a apreciat respectivul răspuns ca fiind neconcludent, sens în care a reţinut că în speţă sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Mai mult, pentru a respecta principiul tratamentului egal şi al nediscriminării, consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare nu putea să analizeze îndeplinirea respectivei cerinţe minime de calificare, de către contestatoare, decât prin raportare la documentele prezentate.

Astfel, având în vedere răspunsul comunicat, comisia de evaluare în mod temeinic şi legal a dispus respingerea ofertei ca inacceptabilă, reţinând faptul că "acceptarea modificărilor cotelor procentuale nu poate fi considerată o inadvertenţă de formă a informaţiilor cuprinse în DUAE, deoarece acestea nu sunt sustinuţe de alte precizări existente la nivelul aceluiaşi DUAE şi/sau a DUAE depus de asociat şi/sau de subcontractant".

Mai mult, acceptarea depunerii unui alt document faţă de cel depus iniţial în cadrul ofertei ar fi de natură a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire, fiind încalcată astfel şi cea de a doua condiţie prevăzută de legiuitor la art. 135 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, potrivit art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 "Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completarile solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

Totodată, în practică s-a arătat în mod constant faptul că legislaţia achiziţiilor publice nu permite completarea ulterioară a ofertei cu noi documente ci doar clarificarea acesteia.

În acest sens, contestatoarea citează următoarele decizii pronunţate de instanţa de judecată:

- Sentinţa civilă nr. 3194/22.05.2017, pronunţată la data de 22.05.2017, de către Tribunalul Bucureşti, Secţia a ll-a de Contencios Administrativ şi Fiscal *„Dacă autoritatea contractantă nu ar fi regăsit în propunerea tehnică informaţii referitoare la fişele tehnice, o astfel de solicitare de clarificări nu ar fi fost emisă, întrucât ofertantul prin documentele pe care urma să le depună ar fi completat oferta, ceea ce este interzis în legislaţia achiziţiilor publice. Astfel, solicitarea a avut rolul de a clarifica propunerea tehnica şi nu de a completa această ofertă".*
- Decizia civilă nr. .../17.04.2014 pronunţată de Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VIll-a Contencios Administrativ şi Fiscal *„Curtea consideră că nu pot fi luate în considerare formularele 13 si 14 depuse odată cu răspunsul la clarificări (...) întrucât sunt documente noi, depuse*

ulterior (...). Incumbă fiecărui participant la procedura responsabilitatea elaborării ofertei, îndeplinirii cerinţelor documentaţiei de atribuire şi dovedirii acestei împrejurări; tot astfel, fiecare participant suportă riscul declarării ofertei sale drept neconformă/inacceptabilă în cazul întocmirii acesteia de o manieră necorespunzătoare".

Autoritatea contractantă mai arată că potrivit art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016, oferta are caracter obligatoriu, din punct de vedere al conţinutului, pe toată durata de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.

De asemenea, prevederile art. 3 alin. 1 lit. hh) din Legea nr. 98/2016, definesc oferta ca fiind *"actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire".*

Mai mult, potrivit art. 125 din HG nr. 395/2016, riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă. Prin urmare, în raport de aceste dispoziţii legale contestatoarea este răspunzătoare de "redactarea greşită" a ofertei, implicit a acordului de asociere depus iniţial, parte integrantă a ofertei depuse de Asocierea ... SRL - ... SRL .

Totodată, autoritatea contractantă apreciază că odată stabilite cotele de participare (prezentate în acordul de asociere) şi oferta a fost întocmită în raport de acestea, ceea ce conduce la concluzia că respectivele cote nu pot fi modificate ulterior, oferta fiind fermă, în forma prezentată iniţial.

Astfel, modificarea procentului de participare prevăzut în acordul de asociere depus iniţial în cadrul ofertei, conduce la modificarea ofertei prezentate iniţial, întrucât potrivit prevederilor din Legea nr. 98/2016, respectivul acord face parte integrantă din oferta depusă.

În acest sens s-a pronunţat şi Curtea de Apel Suceava, prin decizia nr. 804/02.08.2016.

În final, având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca nefondată şi pe cale de consecinţă menţinerea actelor emise în cadrul procedurii ca fiind temeinice şi legale.

Prin adresa nr. 533/05.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 587/05.01.2018, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere al autorităţii contractante, în care susţine că aceasta se află în eroare atunci când susţine că modificarea în speţă a procentelor de participare în acordul de asociere, nu se încadrează la categoria viciilor de formă.

Dispoziţiile legale cu privire la viciile de formă sunt după cum urmează: *"Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document, a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial 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 ceilalţi participanţi la procedura de atribuire".*

Astfel, analizând textul art. 135 din HG 395/2016, se relevă două situaţii distincte în care legiuitorul consideră ca fiind incidentă calitatea de viciu de formă asupra erorilor/omisiunilor din cadrul unui document:

1. Pe de o parte, situaţia în care corectarea/completarea informaţiilor este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant.

2. Iar pe de altă parte, există situaţia în care corectarea/completarea informaţiilor are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire.

Contestatoarea consideră că în speţă, eroarea se încadrează la ambele situaţii, însă în primul caz, autoritatea contractantă dând dovadă de un formalism excesiv, se prevalează de pretinsa lipsă a susţinerii fără echivoc - în privinţa modificărilor făcute, de sensul şi conţinutul altor informaţii existente în ofertă, considerând în mod nelegal că în speţă nu sunt incidente dispoziţiile art. 135 din HG nr. 395/2016, deşi aceste informaţii, respectiv procentele modificate în acordul de asociere se pot deduce comparând resursele puse la dispoziţie de cei doi asociaţi în propunerea tehnică.

Pentru cel de al doilea caz, de asemenea nu pot fi reţinute susţinerile autorităţii contractante care afirmă în mod eronat că s-a depus un alt document, respectiv un document nou deoarece în mod evident s-au corectat unele informaţii într-un document existent, nicidecum nu s-a depus un nou document.

Astfel, deciziile instanţelor pe care le prezintă autoritatea contractantă drept speţe similare, se referă la alte situaţii irelevante în speţă, în care ofertanţii au completat oferta cu documente noi, depuse ulterior. Ori în speţă, s-au solicitat/depus doar corectarea procentelor de asociere prezentate în acordul de asociere iniţial, confirmând astfel prin modificările făcute informaţiile prezentate în propunerea tehnică, fără a produce un avantaj de vreun fel.

În speţă, nu se produce niciun avantaj incorect faţă de ceilati ofertanţi sau faţă de autoritatea contractantă, răspunderile asociaţilor rămânând aceleaşi, după cum prevede art. 5 din acordul de asociere: *"Părţile vor răspunde solidar şi nelimitat în fata Beneficiarului în ceea ce priveşte toate obligaţiile şi responsabilităţile decurgând din sau în legătura cu Contractul".*

Practica în derularea contractelor arată că procentele reale de participare în cadrul asocierilor nu sunt stricte şi nici nu rămân fixe de la momentul depunerii ofertei până la finalizarea contractului, deoarece pe timpul execuţiei contractului pot să apară sincope la unul din asociaţi iar ceilaţi asociaţi sunt obligaţi (spre avantajul autorităţii contractante) să execute şi partea din contract a asociatului în impas, în vederea finalizării cu succes a contractului.

Mai mult, potrivit clauzelor acordului de asociere, asociaţii convin ca în scopul îndeplinirii cu succes a contractului, în cazul în care intervin dificultăţi aceştia să-şi acorde sprijinul necesar, sens în care în mod evident se modifică şi cotele de participare. *„Art. 7. Asociaţii convin să se susţină ori de câte ori va fi nevoie pe tot parcursul realizării contractului,*

acordându-şi sprijin de natură tehnică, managerială sau/şi logistică ori de câte ori situaţia o cere."

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de servicii de proictare pentru obiectivul „Reabilitarea şi modernizarea infrastructurii de transport regional între localităţile Matca- Valea Mărului – Cudalbi – Slobozia Conachii – Smârdan (DJ 251)". În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. .../..., valoarea estimată a procedurii fiind de 1.199.779,21 lei.

Potrivit procesului-verbal nr. 8679/28.09.2017, în cadrul procedurii au fost depuse 7 oferte, oferta contestatoarei fiind respinsă în etapa evaluării DUAE, pe motiv că răspunsul ofertantului la solicitările de clarificări ar fi modificat cotele de participare ale asociaților din cadrul asocierii participante la procedură, aspect care nu se încadrează în categoria viciilor de formă.

Contestatoarea susține în contestația depusă și în răspunsul la solicitarea de clarificări că a redactat eronat acordul de asociere și formularul DUAE, menționând cotele de 60% … SRL și 40% … SRL, când în realitate, cotele erau 32% … SRL și 68% … SRL, eroare ce se impune a fi corectată, iar corecția acceptată, întrucât este susținută, în mod indubitabil, de conținutul altor documente aflate în oferta sa, respectiv propunerea tehnică.

Verificând oferta contestatoarei, Consiliul reține că nicăieri în cuprinsul acesteia nu există menționate anumite cote de participare în cadrul asocierii, contestatoarea încercând, într-o manieră speculativă, să le deducă din activitățile care se vor desfășura de părți, în cadrul viitorului contract, stabilind noile ponderi prin cuantificarea valorilor rezultate din activitățile desfășurate de fiecare ofertant.

Consiliul constată că autoritatea contractantă, în mod transparent și cu respectarea prevederilor art. 54 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, a stabilit pentru asociați obligativitatea deținerii unei cifre de afaceri proporțională cu cota de participare în cadrul asocierii. Prin urmare, cerința prevăzută la cap. III.2.2 din fişa de date a achiziţiei, are următorul conținut: *"Cifra de afaceri medie anuală care vizează activitatea din ultimii 3 ani să fie cel puţin egală cu valoarea de 2.200.000 lei. Ofertanţii vor prezenta bilanţurile contabile pentru anii 2014, 2015, 2016. (...)*

Atunci când un grup de operatori economici depune oferta comună, fiecare dintre aceştia trebuie să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi profesională proporţional cu cota de implicare în executarea viitorului contract".

Din DUAE prezentat de asocierea contestatoare și din contractul de asociere depus atașat DUAE, rezultă următoarele cote de participare la activitățile comune: 60% … SRL și 40% …. SRL. Astfel, cele două documente se susțin reciproc, deci nu poate fi vorba de o anumită

inadvertență în conținutul DUAE care s-ar impune a fi corectată prin depunerea unui DUAE revizuit.

Acordul de asociere reprezintă, în fapt, un contract de societate civilă, fără personalitate juridică, constituită în temeiul art. 1881 din codul civil, care stabilește următoarele: ,,Noţiune

(1) Prin contractul de societate **două sau mai multe persoane se obligă reciproc să coopereze pentru desfăşurarea unei activităţi şi să contribuie la aceasta prin aporturi băneşti, în bunuri, în cunoştinţe specifice sau prestaţii, cu scopul de a împărţi beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta**.

(2) Fiecare asociat contribuie la suportarea pierderilor proporţional cu participarea la distribuţia beneficiului, dacă prin contract nu s-a stabilit altfel.

(3) Societatea se poate constitui cu sau fără personalitate juridică''.

Prin urmare, cotele de participare la beneficii și pierderi nu trebuie să fie, întotdeauna, proporționale cu activitățile care se vor desfășura, prin contract putându-se deroga de la această regulă. Argumentul contestatoarei potrivit căreia activitățile ce se vor desfășura au altă pondere în contract, bazându-se pe o apreciere subiectivă a valorii realizată de un membru al asocierii comparativ cu celălalt, nu conduce, în mod indubitabil, la concluzia că sunt eronate cotele de participare la beneficii și pierderi, așa cum susține contestatoarea.

Potrivit art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, ,,În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută **în mod neechivoc** de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial 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 ceilalţi participanţi la procedura de atribuire'', situație care nu se regăsește în speța aflată pe rolul Consiliului, în condițiile în care lipsa referirilor exprese la cotele de participare în propunerea tehnică, nu sprijină, în niciun fel, susținerile contestatoarei referitoare la existența unui viciu de formă.

Este cert că societatea contestatoare, ignorând cea de-a doua parte a cerinței prevăzută la cap. III.2.2 din fişa de date a achiziţiei, nu a avut în vedere necesitatea calibrării corespunzătoare a ponderilor în cadrul asocierii, în vederea dovedirii îndeplinirii cerinței prin respectarea proporționalității. Prin urmare, atașat DUAE a depus contractul nr. 447/22.09.2017, în care erau menționate aceleași cote din DUAE, respectiv 60% … SRL și 40% … SRL. Ulterior, în urma solicitării de clarificări, a sesizat eroarea, depunând un alt acord de asociere, cu același număr de înregistrare și semnat la aceeași dată, și nu un act adițional la acordul inițial, care să rectifice eroarea, existând în cadrul dosarului două contracte cu același număr de înregistrare, același obiect și aceleași părți, dar cu un conținut diferit, situație nefirească în practica comercială, în condițiile în care, chiar și într-un înscris privat, eroarea nu se corectează prin înlocuirea unui înscris cu un alt înscris și menționarea unei date nereale la care ar fi fost semnat, ci prin consemnarea exactă a situației de fapt, într-un act adițional la înscrisul inițial, în temeiul art. 1166 din codul

civil: ,,Contractul este acordul de voinţe dintre două sau mai multe persoane cu intenţia de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic'', toate modificările, inclusiv corecturile, mai ales între comercianți, purtând data la care au fost operate.

În cazul de speță, nu există nicio certitudine că părțile au menționat greșit cotele părți în cadrul acordului inițial, ci doar că ulterior, sesizând eroarea de apreciere a cotelor, prin raportare la cerința de calificare prevăzută la cap. III.2.2 din fişa de date a achiziţiei, au înțeles să depună un nou acord de asociere prin înlocuirea celui vechi, acord purtând același număr și aceeași dată cu cel inițial, pentru acoperirea cerinței.

De altfel, și Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică/sectoriale emisă de ANAP arată diferențele dintre inadvertenţe 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 şi indavertenţele de fond, care nu pot fi clarificate:

,,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 ataşat ofertei/candidaturii În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice şi ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, ***autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existenţa unor neconcordanţe între informaţiile prezentate în cadrul DUAE****.*

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanţi/candidaţi, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, ***în condiţiile în care informaţiile sunt susţinute de alte precizări existente la nivelul aceluiaşi DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terţ susţinător/asociat****.*

Raportat la dispoziţiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, "comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi 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 funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte […]".

Situaţiile 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 ofertanţi/candidaţi, 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, dispoziţiile 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 apariţia 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 îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei".

Situaţiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informaţii completate de către ofertanţi/candidaţi

care nu confirmă îndeplinirea cerinţelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fişa de date a achiziției”.

Modalitatea în care a prezentat contestatoarea DUAE și documentul anexă (acord de asociere) nu confirmă îndeplinirea cerinței de calificare, în forma în care a fost solicitată în documentația de atribuire, documentație acceptată și necontestată de ofertanți.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la posibilitatea modificării cotelor de participare în cadrul asocierii, pe parcursul procedurii, Consiliul nu își însușește acest punct de vedere, mai cu seamă că respectivele cote au influență asupra capacității tehnice a ofertanților, astfel cum s-a solicitat a fi dovedită prin fișa de date, modificarea cotelor respective favorizând contestatoarea.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 13 (treisprezece) pagini.