



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) și ale art. 27 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.

Prin contestația nr.1684/23.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37360/23.09.2019, formulată de ..., cu sediul în ... 5, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal prin director... și convențional prin ... împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.A12839/10.09.2019, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea adresei susmenționată, a raportului procedurii de atribuire și a deciziei de atribuire, în ceea ce privește admisibilitatea candidaturii depusă de ..., obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității candidaturii depusă de

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.A12839/10.09.2019, de către ..., în calitate de autoritate

contractantă, în cadrul procedurii de atribuire având ca obiect „...”, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... arată că, ulterior depunerii în SEAP a candidaturii, din cauza unor probleme tehnice ale sistemului electronic, comisia de evaluare nu a putut vizualiza documentele necesare calificării, motiv pentru care, prin solicitarea de clarificări din 27.05.2019, autoritatea contractantă i-a cerut toate documentele de calificare și garanțiile de participare constituite, în original, respectiv o copie conform cu originalul a întregii documentații și dovada depunerii în SICAP a documentațiilor până la data limită de 21.05.2019, ora 15.00 (print-screen cu numărul de înregistrare atribuit de SICAP a documentației depuse).

Contestatorul precizează că s-a conformat solicitării autorității contractante, iar prin adresa nr. A 8662/21.06.2019 a fost informat că oferta sa a fost selectată pentru etapa a doua a procedurii de atribuire, fiind invitați să depună propunerea tehnică și financiară.

Mai arată că, ulterior depunerii propunerilor tehnice și financiare și evaluării acestora, prin adresa nr. A12839/10.09.2019, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată acceptabilă și conformă, fiind clasată pe locul II, cu 88,17 puncte, oferta desemnată câștigătoare fiind cea depusă de ..., cu un punctaj de 100 puncte și o valoare de 6.635.998 euro fără TVA.

În opinia contestatorului, decizia privind admisibilitatea candidaturii depusă de ... este netemeinică și nelegală, fiind emisă cu încălcarea principiului tratamentului egal, dar și pe baza unei evaluări formale și fără a ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire, având în vedere că, potrivit informațiilor din Procesul-verbal nr. 8353/13.06.2019, ... nu a prezentat niciun document în dovedirea îndeplinirii cerințelor de calificare pentru doi dintre terții susținători, respectiv pentru ...

Invocând prevederile art.2, alin.2, art.176, alin.2 din O.U.G. nr.114/2011, precum și art.37 alin.1 din Metodologia nr.A8065/07.07.2017, contestatorul apreciază că prin modalitatea în care comisia de evaluare a înțeles să solicite, din nou, ofertantului desemnat câștigător documentele de calificare aferente terților susținători, aceasta a stabilit mai mult decât clarificări și completări formale, determinând, cu încălcarea principiului tratamentului egal, apariția unui avantaj evident în favoarea ..., singurul răspunzător pentru depunerea unei candidaturi incomplete.

De asemenea, raportat la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația de a dispune respingerea ca neconformă a ofertei depusă de ..., în considerarea faptului că, deși i-a solicitat acestuia prezentarea tuturor documentelor de calificare, ofertantul nu a înțeles să prezinte și documentele aferente terților ale căror resurse înțelege să se le folosească.

Pe de altă parte, în cadrul procedurii de atribuire, chiar dacă ... a depus o declarație inițială pe proprie răspundere prin care susține că îndeplinește cerințele minime de calificare stabilite în documentația de atribuire, aceasta, în opinia contestatorului, nu trebuia avută în vedere de către comisia de evaluare pentru cel puțin două considerente:

- autoritatea contractantă nu a permis prezentarea doar a unei declarații pe proprie răspundere în ceea ce privește cerința de la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, iar în conformitate cu prevederile art. 32 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2016: „ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.”

Ori, potrivit documentației de atribuire, autoritatea contractantă a permis candidaților depunerea unei declarații pe proprie răspundere doar în ceea ce privește îndeplinirea cerinței de la pct. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, nu și în ceea ce privește cerința de la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, pentru îndeplinirea căreia ... la solicitarea comisiei de evaluare, avea obligația de a depune toate documentele de calificare.

De altfel, susține contestatorul, fiind în prezența unei proceduri de licitație restrânsă în care, în prima etapă, se evaluează candidatura ofertanților din perspectiva îndeplinirii cerințelor minime de calificare, este inadmisibilă acceptarea unei declarații de proprie răspundere pentru a se putea face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare, declarația pe proprie răspundere vizând situația în care evaluarea ofertelor se realizează într-o singură etapă, iar depunerea documentelor în susținerea îndeplinirii cerințelor de calificare are loc după evaluarea propunerilor tehnice și financiare, ceea ce nu este cazul, în speța de față.

- declarația pe proprie răspundere nu conține un minim de informații, prin enumerarea și exemplificarea unor acte și documente ce ar atesta îndeplinirea cerințelor de calificare, pe care ulterior autoritatea să le solicite în mod detaliat și complet.

În opinia contestatorului, pentru a putea fi acceptată declarația pe proprie răspundere inițială depusă de ..., acesta din urmă avea obligația de a include în cuprinsul declarației succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare inclusiv diverse valori, cantități, ori cum aceste informații au lipsit cu desăvârșire din cuprinsul declarației inițiale, cu încălcarea principiului tratamentului egal, comisia de evaluare a luat în considerare documentele terților prin care candidatul a făcut dovada îndeplinirii cerințelor minime de calificare, în loc să respingă oferta ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 5 din Metodologia de evaluare nr. A 826/07.07.2017.

Cu privire la exigențele de completare a unei declarații pe proprie răspundere, contestatorul invocă practica judiciară ce vizează dispozițiile art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 (similar DUAE din legislația actuală privind achizițiile publice/sectoriale), și care a reținut,

în mod constant, necesitatea furnizării de informații complete și precise privind modul de îndeplinire a cerințelor de participare.

Într-o altă critică, contestatorul susține că evaluarea candidaturii depusă de ... s-a realizat cu încălcarea regulilor privind subcontractarea, având în vedere că, din documentelor depuse, respectiv Formularul nr. 8 și acordurile de subcontractare nu rezultă partea din contract pe care subcontractanții urmează să o realizeze (care dintre categoriile de lucrări aferente contractului urmează a fi executate de aceștia) și nici procentele aferente subcontractării.

Întrucât ... s-a prevalat de resursele subcontractanților pentru a putea face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare din fișa de date a achiziției (atât cele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, cât și cele referitoare la personalul și utilajele necesare executării corespunzătoare a lucrărilor), contestatorul apreciază că era obligatoriu ca din acordurile de subcontractare să rezulte că subcontractanții execută, efectiv, categoriile de lucrări pentru care au pus la dispoziția candidatului resursele, în lipsa acestor informații, în mod eronat, comisia de evaluare a considerat ca fiind îndeplinite cerințele de calificare prin resursele subcontractanților, existând în sarcina acesteia obligația de a se edifica asupra lucrărilor pe care subcontractanții le vor realiza, pentru a putea analiza în ce măsură resursele puse la dispoziție pot fi avute în vedere.

Și sub acest aspect, contestatorul susține că evaluarea candidaturii s-a realizat fără o analiză corespunzătoare a documentelor prezentate de EURO CERAD, pe baza unui formalism excesiv.

Într-o ultimă critică, contestatorul susține că evaluarea candidaturii depusă de ... s-a realizat cu încălcarea regulilor privind caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, având în vedere documentele depuse pentru dovedirea îndeplinirii experienței similare, respectiv:

- Contractul NSIP - Platformă de încărcare-descărcare materiale periculoase - cazarma 546 Otopeni, are o valoare a lucrărilor în ultimii 5 ani de 1.271.589,2 euro, inferioară celei din fișa de date a achiziției.

- Contractul de lucrări „Modernizarea suprafeței de mișcare și balizaj, turn control și amenajarea terenului în vederea amplasării sistemului de navigație II.S nr. TAS 1/38/09.08.2013, încheiat cu RA Aeroport Ștefan cel Mare Suceava, în valoare de 104.939.524,06 lei, deși a fost încheiat în august 2013, comisia de evaluare nu a întreprins niciun demers pentru a se edifica asupra contravalorii lucrărilor efectiv realizate în ultimii 5, respectiv 2014-2018, așa cum s-a solicitat în fișa de date.

- Acordul-contractual nr. 75/24.06.2015, încheiat între RA Aeroport Delta Dunării și Asocieria TEHNIC ASIST SRL - SOCIETATEA DE CONSTRUCTII NAPOCA SA - COOL AIR TRADING SRL - LOIAL IMPEX SRL - SPECIALIST CONSULTING SRL în valoare de 49.484.685,18 lei, partea de execuție aferentă TEHNIC ASIST SRL fiind de 60%, cu privire la care comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări privind

activitatea efectiv realizată de terț în cadrul contractului, precum și contravaloarea acesteia, întrucât nu putea avea în vedere și alte activități decât cele privitoare la lucrări similare de infrastructură aeroportuară, construcții de aerodromuri, piste de decolare/aterizare și suprafețe/platforme de manevră, aceasta cu atât mai mult cu cât obiectul contractului este unul mixt, fiind prevăzute și alte lucrări decât cele considerate similare în prezenta procedură.

- Contractul de restructurare rezervor TK 517 - Lucrări de depozit carburanți nr. 1790001679/29.07.2014, încheiat cu Rafinăria Di Milazzo SCpA, în valoare de 4.650.000 euro, participarea terțului TRIO S.R.L. în contract fiind de 90%, cu privire la care comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări privind activitatea efectiv realizată de terț în cadrul contractului, precum și contravaloarea acesteia, întrucât nu putea avea în vedere și alte activități decât cele privitoare la lucrările de depozite carburanți-lubrifianți.

În ceea ce privește dovada deținerii unei mașini de turnat beton de ciment cu cofraje glisante cu o lățime de lucru de minim 6 m, prevăzută la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, contestatorul arată că ... s-a folosit de resursele subcontractantului DITO GRUP S.R.L., respectiv MAȘINA Wirtgen 500 SP, deși potrivit declarației privind dotările specifice, instalațiile, utilajele, echipamentul tehnic, mijloacele fixe, utilajul în discuție era declarat ca fiind închiriat, iar ... nu a prezentat niciun contract în acest sens, fiind așadar necesară lămurirea acestui aspect. Mai mult, nefiind specificată categoria de lucrări prestată de subcontractant, nici resursele acestuia nu puteau fi luate în considerare.

Referitor la utilajul Wirtgen 500 SP, oferit de EUROCERAD, contestatorul arată că, potrivit fișei tehnice anexate, lățimea utilajului de turnare este de la 2,00 la 6,00 metri cu grosimea de turnare de maxim 40 cm, prin urmare utilajul nu are o lățime de lucru de minim de 6 m cum se cere în fișa de date, motiv pentru care candidatura acestuia trebuia respinsă ca inacceptabilă potrivit art. 5 lit. b) din Metodologia de evaluare nr. A8265/07.07.2017.

În concluzie, având în vedere cele menționate, contestatorul susține că evaluarea candidaturii depusă de ... a fost realizată cu încălcarea prevederilor legale aplicabile și ale documentației de atribuire, motiv pentru care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016 și O.U.G. nr.114/2016.

În temeiul art.19 din Legea nr.101/2016, contestatorul solicită accesul la dosarul achiziției publice.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.A14117/02.10.2019, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.39022/02.10.2019, ..., în calitate de autoritate contractantă, a precizat următoarele:

- Raportat la prevederile art.188 din O.U.G. nr.114/2011 și art.61¹ alin.1 lit.d) din Legea nr.101/2016, pentru soluționarea contestației, ofertantul trebuia să depună o cauțiune în cuantum de 2% din valoarea stabilită a contractului, respectiv suma de 145.931,5 euro, echivalentul a 694.969,82 lei, pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de către ..., deoarece până la această dată nu a făcut dovada constituirii acestei cauțiuni.

- Având în vedere faptul că procedura de licitație restrânsă se derulează în 2 etape conform prevederilor art.58 din O.U.G. nr.114/2011, iar după finalizarea etapei I de selectare a candidaților prin aplicarea criteriilor de selecție, comisia de evaluare are obligația de a elabora un raport intermediar conform prevederilor art.7 din Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor, după finalizarea etapei de selectare a candidaților, autoritatea contractantă, în temeiul art.65-66 din O.U.G. nr.114/2011 a transmis o invitație către toți candidații selectați, care cuprindea și rezultatul primei etape, precum și comunicări către candidații respinși care nu au îndeplinit cerințele de calificare, privind rezultatul etapei de selecție.

- Întrucât invitațiile de participare transmise cu adresele nr.A8662/21.06.2019 și nr.A8663/21.06.2019 pentru etapa a II-a, precum și înștiințările generate în mod automat de către SICAP conțin informații privind rezultatul selecției, raportat la prevederile art.8 alin. (1), pct.a) din Legea nr.101/2016, autoritatea contractantă apreciază ca fiind tardivă contestația formulată de ..., întrucât sunt contestate aspecte privind cerințele de calificare, iar o astfel de contestație trebuia formulată în termen de 10 zile de la comunicarea rezultatului primei etape a procedurii, respectiv etapa de selecție a candidaților.

În urma aplicării criteriilor de calificare, comisia de evaluare a selectat pentru etapa a II-a, conform criteriilor stabilite la nivelul documentației de atribuire, toți candidații care au îndeplinit cerințele de calificare impuse, rezultatul etapei de calificare/selecție fiind adus la cunoștința participanților/candidaților în data de 21.06.2019, conform confirmărilor anexate și înștiințărilor generate de către SICAP. Pe cale de consecință contestarea rezultatului primei etape de calificare/selecție trebuia făcută în termen de 10 zile de la primirea comunicării, respectiv invitației nr.A8662/21.06.2019, în care s-a precizat atât rezultatul primei etape cât și informații privind derularea etapei a II-a.

Pe fondul cauzei, raportat la criticile aduse ofertei/candidaturii depusă de ..., autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Conform fișei de date publicate în SICAP, Secțiunea III.Informații juridice, economice, financiare și tehnice, Cap.III.1) Condiții de participare: pct.III.1.1.a. Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a acordat, din faza de publicare, posibilitatea tuturor participanților să uzeze de posibilitatea de a depune o declarație inițială privind îndeplinirea cerințelor de calificare, lucru posibil deoarece pentru procedurile derulate conform O.U.G.

114/2011, ofertanții nu pot completa și depune formularul tip DUAЕ, acesta nefiind activ.

Examinând documentele depuse în etapa I de către ..., comisia de evaluare a consemnat în cadrul procesului verbal intermediar nr.A8353/13.06.2019, faptul că ofertantul, pe lângă o declarație pe proprie răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare, a depus și o serie de documente care confirmă îndeplinirea unora dintre criteriile/cerințele de calificare impuse.

În ceea ce privește experiența similară, comisia de evaluare i-a solicitat, ulterior, printr-o clarificare postată în SICAP, documentele edificatoare care confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, menționate în declarația inițială ca fiind susținute de către terții susținători ...

Astfel comisia de evaluare a respectat întocmai precizările fișei de date, permițând ofertantului să depună documentele care confirmă declarația depusă inițial.

Autoritatea contractantă apreciază că prin solicitarea de clarificări nu a creat un avantaj ..., tratamentul fiind același pentru toți ofertanții, posibilitatea depunerii unei declarații inițiale fiind publicate în SICAP și fiind valabilă pentru orice participant la procedură.

Referitor la solicitarea privind depunerea ofertei/candidaturii în format scris, în original, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- după data limită de depunere a candidaturilor/ofertelor, nicio ofertă/candidatură nu a fost vizibilă în SICAP, cu toate că se primiseră 2 garanții de participare în original.

- neputând vizualiza ofertele/candidaturile depuse, s-a cerut ofertanților să depună garanțiile de participare, în original, precum și dovada încărcării, în SICAP, a documentelor aferente etapei I (proces verbal nr.A7208/27.05.2019)

- în urma solicitării s-a confirmat faptul că 3 societăți au depus oferte/candidaturi, nefiind vizibile, în data de 03.06. 2019, motiv pentru care s-a solicitat celor trei societăți să depună toate documentele aferente etapei I, în original, la sediul autorității contractante (proces-verbal intermediar nr.A7527/03.06.2019) ;

- după aproximativ 10 zile, sistemul SICAP a afișat cei 3 candidați/ofertanți, fiind vizibile toate documentele depuse.

- autoritatea contractantă a continuat procedura on-line în baza documentațiilor depuse în SICAP cu semnătură electronică extinsă.

Astfel, arată autoritatea contractantă, s-a aflat în situația unei întârzieri de vizualizare a candidaturilor/ofertelor datorate exclusiv unei erori de funcționare a SICAP. După remedierea acestei disfuncționalități procedura s-a derulat în condiții normale de desfășurare a unei proceduri on-line.

2. Relativ la critica ce viza evaluarea candidaturii cu încălcarea regulilor privind subcontractarea, autoritatea contractantă precizează următoarele:

În etapa I de calificare ofertanții/candidații depun acordurile de subcontractare și anexele acestora fără însă a preciza valorile sau procentele aferente lucrărilor subcontractate. Acest lucru nu se poate stabili în etapa I deoarece ofertanții/candidații nu primesc în prima etapă documentația tehnică și listele de cantități pentru a putea evalua cuantumul activităților subcontractate.

Ulterior, alături de invitația de participare se transmite electronic sau pe CD-rom și documentația tehnică și economică, volumul 2 și volumul 3 -conform cap.II caietul de sarcini.

În cadrul propunerii tehnice ofertanții vor depune în etapa a II a, la Cap.a) Metodologie, subpunctul Modul de abordare și gestionare a relației cu sub contractorii, în raport cu activitățile contractului și celelalte informații legate de lucrările subcontractate.

Pe cale de consecință, susține autoritatea contractantă, contestatorul este într-o gravă eroare afirmând că documentele depuse de subcontractanți sunt incomplete, deoarece în faza de calificare ofertantul nu putea depune valori sau procente ale activităților subcontractate, acestea fiind depuse, în faza a II-a, în oferta tehnică, când ofertanții iau la cunoștință despre categoriile de lucrări și cantitățile ce fac obiectul contractului achiziției.

3. Referitor la susținerea contestatorului potrivit căreia evaluarea candidaturii s-a realizat cu încălcarea regulilor privind caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, autoritatea contractantă menționează următoarele:

- toate documentele de calificare ale celor trei ofertanți/candidați au fost examinate și evaluate atent de către comisia de evaluare.

- documentele și informațiile prezentate de către ofertanți au fost consemnate în procesele-verbale de evaluare intermediare și în anexele acestora (grile de evaluare), iar pentru documentele față de care comisia de evaluare a avut neclarități sau care prezentau informații incomplete s-au solicitat clarificări, care au confirmat sau clarificat aspectele respective, fără a se crea însă un avantaj acelor ofertanți.

În contractele comerciale și documentele aferente acestora puse la dispoziție de către ..., și la care contestatorul nu a avut acces, acestea fiind sub incidența secretului comercial, comisia de evaluare a identificat toate elementele care au condus la încadrarea candidaturii acestuia ca acceptabilă;

Conform anexei raportului de inspecție nr. RI 559/2012, eliberat de ICECON Inspect pentru utilajul Wirtgen 500SP, pg.4/5 a raportului (anexată în copie), lățimea maximă de lucru este de 6,003 m ceea ce confirmă îndeplinirea cerinței din fișa de date "lățime de lucru minim 6 m".

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă apreciază ca fiind nefondate și nejustificate criticile potrivit cărora documentele analizate nu sunt susținute sub nicio formă, contestatorul făcând doar speculații datorate unor informații insuficiente și eronat interpretate.

Autoritatea contractantă susține că decizia prin care candidatura depusă de ... a fost declarată acceptabilă este legală, aceasta îndeplinind toate cerințele de calificare din fișa de date.

În probațiune, s-au depus, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr.1779/03.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.39347/03.10.2019, ... a răspuns excepțiilor invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, solicitând respingerea acestora pentru următoarele considerente:

În ceea ce privește excepția neconstituirii cauțiunii, contrar celor susținute de autoritatea contractantă, contestatorul apreciază că nu sunt incidente prevederile art.61¹ alin.1 lit.d) din Legea nr.101/2016, dat fiind faptul că, în cadrul anunțului de participare nr.CN1010384 din 03.04.2019, este menționată valoarea estimată a contractului, și nu valoare stabilită, aceasta din urmă rezultând, în mod exclusiv, ulterior semnării contractului de achiziție publică.

În subsidiar, în măsura în care se apreciază că se impune constituirea unei cauțiuni la valoarea stabilită a contractului în conformitate cu prevederile art.61¹ alin.1 lit.d) din Legea nr.101/2016, contestatorul solicită comunicarea cuantumului cauțiunii și un termen rezonabil pentru a proceda la constituirea diferenței.

Referitor la excepția tardivității contestației, contestatorul apreciază că aceasta este neîntemeiată, raportat la prevederile art.8 alin.1 lit.a) din Legea nr.101/2016, având în vedere faptul că actul considerat vătămător este adresa nr.A12839/10.09.2019 privind rezultatul procedurii de atribuire, iar invitația nr.A8662/21.06.2019, la care face referire autoritatea contractantă, sau alte documente încărcate în SICAP, nu conțin informații cu privire la admisibilitatea candidaturii depusă de

În probațiune, au fost depuse, în copie, adresa nr.A8662/21.06.2019, precum și informările generate automat de SICAP.

Urmare a studierii dosarului cauzei, ... a transmis concluziile scrise nr.1823/10.10.2019, înregistrate la C.N.S.C. sub nr.40526/10.10.2019, prin care a reiterat susținerile formulate în cadrul contestației, precizând, în plus, următoarele:

Contrar afirmațiilor autorității contractante, chiar dacă, în etapa depunerii candidaturilor, subcontractanții nu ar fi putut preciza în acordurile cu ofertantul valori sau procente ale activităților subcontractante, pentru a se putea folosi de resursele subcontractanților, era obligatoriu, în opinia contestatorului, ca din acordurile de subcontractare să rezulte activitățile realizate, efectiv, în cadrul contractului, respectiv categoriile de lucrări pentru care au pus la dispoziția candidatului resursele declarate. Pe de altă parte, se arată că, așa cum rezultă din înscrisurile depuse la dosar deși, autoritatea contractantă a finalizat evaluarea ofertelor, nici după prima etapă nu a solicitat ofertantului câștigător informațiile privind activitățile derulate

de subcontractanți, și nici valorile sau procentele lucrărilor subcontractate.

Potrivit contestatorului, cerința nr.3 prevăzută la pct.III.1.3.Capacitatea tehnică și/sau profesională nu a fost îndeplinită de ..., comisia de evaluare luând în considerare măsurătoarea realizată de un terț prin raportul de inspecție RI 599/2012, contrar celor precizate de producătorul utilajului Wirtgen. Contestatorul apreciază că utilajul este neconform având în vedere că potrivit raportului de inspecție, la punctul 9.3, grosimea de lucru maximă măsurată este de 399 mm, contrar cerinței din documentația de atribuire.

Contestatorul apreciază că prin modalitatea în care s-a prevalat selectiv și preferențial de caracteristicile privind lățimea maximă de turnare, precum și de grosimea maximă de turnare prevăzute în raportul de inspecție RI599/2012, autoritatea contractantă a asigurat un avantaj evident ..., prin acceptarea unui utilaj care nu îndeplinește cerințele minime solicitate prin documentația de atribuire.

Având în vedere argumentele formulate precum și motivele de fapt și de drept expuse pe larg în cuprinsul contestației, ... solicită anularea adresei nr.A12839/10.09.2019, a raportului procedurii de atribuire și a deciziei de atribuire în ceea ce privește admisibilitatea candidaturii depusă de ..., obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității candidaturii depusă de

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr....Valoarea estimată a contractului este de 7.296.575 Euro, echivalentul a 34.091.787,37 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Nemulțumit fiind de decizia autorității contractante de declarare admisibilă a candidaturii depusă de ..., ...(consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În considerarea art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, care statuează și asupra ordinii de soluționare a excepțiilor, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepțiilor neconstituirii cauțiunii și tardivității contestației, invocate de autoritatea contractantă.

Cât privește cuantumul cauțiunii, Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, acesta se raportează fie la valoarea estimată a contractului, fie la valoarea stabilită a acestuia.

Apelând la regulile de interpretare ale normelor juridice cunoscute în legislație, în jurisprudență și în doctrina juridică, în contextul în care

legislația ce reglementează domeniul achizițiilor publice nu definește noțiunea de „valoare stabilită a contractului”, se constată că, pentru a fi în prezența unei valori stabilite a contractului, este necesar ca prețul acestuia să fi fost decis, hotărât, fixat, nemaexistând posibilitatea modificării lui.

Astfel, se reține că prețul contractului dobândește un caracter cert doar în momentul în care se încheie contractul între părți și când părțile stabilesc prețul contractului, având în vedere că, până la acest moment, pot apărea o serie de elemente care să facă imposibilă încheierea lui (de ex. anularea procedurii de atribuire) sau chiar încheierea lui la un alt preț decât cel al ofertei care inițial a fost declarată câștigătoare (de ex. încheierea contractului cu ofertantul clasat pe locul doi în situația în care contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare).

Prin urmare, până când contractul nu este încheiat, nu se poate reține cu certitudine că avem o valoare stabilită a acestuia, drept care, în speța dedusă judecății, nu devin incidente dispozițiile lit. d) a art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, ... constituind așadar, în mod corect, cauțiunea la suma de 220.000 lei.

În susținerea celor reținute mai sus stau atât practica unitară a CNSC, cât și Decizia civilă nr. 6386/19 noiembrie 2018 a Curții de Apel București.

Procedând la analiza excepției tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă, reținând în acest sens că actul emis în cadrul procedurii, ulterior finalizării primei etape a acesteia, evocat de autoritate în apărare, respectiv adresa nr. A8662/21.06.2019, comunicată contestatorului, a cuprins exclusiv informații cu privire la situația candidaturii lui, nu și cu privire la ceilalți participanți. Referitor adresa nr. A8663/21.06.2019, se observă că aceasta i-a fost transmisă unui alt operator economic participant, a cărui candidatură a fost respinsă, și nu societății contestatoare, neputând fi reținută așadar în soluționarea excepției de față. De asemenea, se observă că autoritatea contractantă a publicat în SICAP, în secțiunea „*Lista procese-verbale, declarații, rapoarte intermediare și finale*” asociată anunțului de participare aferent prezentei proceduri, doar Declarația de participare, astfel că, deși demersul de contestare este îndreptat împotriva rezultatului calificării la etapa I a candidaturii ..., etapă finalizată în data de 21.06.2019, atât timp cât din documentele probatorii nu rezultă comunicarea deciziei atacate la o dată anterioară, nu se poate reține caracterul tardiv al contestației în analiză.

Prin urmare, raportat la data luării la cunoștință a actului autorității contractante prin care i s-a comunicat decizia considerată nelegală, se constată respectarea termenului instituit de legiuitor la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, examinând susținerile părților și înscrisurile aflate la dosarul cauzei, se observă că aspectele reclamate de contestator privesc încălcarea principiului tratamentului egal, a regulilor privind

subcontractarea, precum și a celor referitoare la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire.

În soluționare, se reține că, urmare a unor dificultăți tehnice apărute în vizualizarea documentelor depuse de participanți în SICAP, autoritatea contractantă a decis, în data de 27.05.2019, să solicite tuturor operatorilor economici înscriși în procedură:

„- toate documentele de calificare și garanțiile de participare constituite, în original, la sediul autorității contractante;

- o copie conform cu originalul a întregii documentații;

- dovada depunerii în SICAP a documentațiilor până la data limită de 21.05.2019, ora 15:00 (print-screen cu numărul de înregistrare atribuit de SICAP documentației depuse)”.

La această solicitare, ... a răspuns prin adresa nr. 19-05-21.EDMApN_EXE_3AF350-44,45,46/001E, înregistrată la sediul autorității sub nr. A7370/29.05.2019, precizând următoarele:

„Având în vedere că societatea noastră a depus candidatura până la termenul limită de depunere stabilit prin anunțul de participare, respectiv 21.05.2019 ora 15:00, vă transmitem atașat documentele solicitate, cu următoarele mențiuni: (...)

- La depunerea ofertei, compania noastră a uzat de prevederile Fișei de date, potrivit căroră: Pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe proprie răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. În cazul în care uzează de dreptul menționat mai sus, ofertantul are obligația de a prezenta/completa certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, atunci când primește din partea autorității contractante o solicitare în acest sens, în termen de 3 zile lucrătoare de la respectiva solicitare.

Astfel, anexăm prezentei documentele de calificare (care includ declarația inițială pe propria răspundere), așa cum au fost încărcate în SEAP până la data limită de depunere (21.05.2019 ora 15:00) și ne asumăm obligația de a prezenta/completa certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare atunci când primim din partea autorității contractante o solicitare în acest sens, în termen de 3 zile lucrătoare de la respectiva solicitare”.

Verificând documentele înaintate de ..., Consiliul observă că acesta a transmis autorității o „Declarație inițială privind îndeplinirea cerințelor de calificare. Anexa III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, III.2.2) Capacitatea economică și financiară, III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, III.2.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului”, în cuprinsul căreia, deși se menționa că are drept anexe:

- Anexa 1: Documente de calificare ...

- Anexa 2: Documente de calificare: Echipamente, utilaje, laboratoare

- Anexa 3: Documente de calificare: SC R.C.M Costruzioni SR
- Anexa 4: Documente de calificare: SC UTI Group SA
- Anexa 5: Documente de calificare: SC ABC Development Aviation SRL
- Anexa 6: Documente de calificare: SC Dito Group SRL
- Anexa 7: Documente de calificare: SC Tehnic Asist SRL
- Anexa 8: Documente de calificare: SC Trio SRL
- Anexa 9: Documente de calificare: Personal Nominalizat

În fapt, documentele corespunzătoare Anexelor 7 și 8, aferente SC Tehnic Asist SRL și SC Trio SRL, nu au fost comunicate.

Analizând răspunsul candidatului prin raportare la cererea de clarificări a autorității contractante, se constată că acesta a ales să comunice doar o parte din documentele de calificare solicitate prin documentația de atribuire dar și prin cererea de clarificări, cu toate că, așa cum rezultă în mod clar și neechivoc din adresa în cauză, autoritatea a cerut depunerea tuturor documentelor de calificare.

Interpretarea dată de autoritatea contractantă în sensul că răspunsul în discuție permitea revenirea cu o nouă solicitare de completare a documentelor transmise de candidatul ..., nu poate fi primită, în condițiile în care cerința indicată din fișa de date privind dreptul acordat candidaților, de a depune inițial doar o declarație pe propria răspundere pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare, a fost expres precizat doar în ceea ce privește condițiile de participare regăsite la *cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului*, această facilitate nefiind reluată și în secțiunile corespunzătoare celorlalte criterii de selecție stabilite, privind capacitatea de exercitare a activității profesionale (cap. III.1.1.b), capacitatea economică și financiară (cap.III.1.2), capacitatea tehnică și profesională (cap. III.1.3.a) și Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului (cap.III.1.3.b)

De altfel, inclusiv prin punctul de vedere autoritatea contractantă a indicat doar secțiunea *III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, cap. III.1) Condiții de participare: pct. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului*, ca fiind cea în care se regăsește facilitatea amintită. Or, situația personală a candidatului sau ofertantului reprezintă doar o categorie a criteriilor de calificare și selecție, alături de situația economică și financiară, capacitatea tehnică și/sau profesională, standarde de asigurare a calității și standarde de protecție a mediului, așa cum sunt ele indicate de legiuitor la art. 151 din OUG nr. 114/2011, și, prin urmare, distinctă de acestea din urmă.

În cazul în care autoritatea contractantă dorea să permită depunerea unei declarații inițiale referitor la toate cerințele de selecție impuse, trebuia să menționeze acest aspect în cuprinsul fiecărei categorii sau la începutul secțiunii III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, cap. III.1 Condiții de participare, din fișa de date, în considerarea obligației de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și

explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, potrivit art. 27 alin. (1) din OUG nr. 114/2011. Atât participanții la procedură, cât și autoritatea contractantă erau ținuti să respecte întocmai prescripțiile documentației de atribuire, orice nesocotire în evaluare a cerințelor impuse conducând la încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal, statuate la art. 2 alin. (2) din același act normativ. În lipsa unui demers ca cel indicat mai sus, nici candidații și nici autoritatea nu puteau extinde limitele prevederilor documentației de atribuire și asupra altor categorii de cerințe, nementionate expres.

Pe de altă parte, așa cum rezultă din însuși modul de întocmire al declarației în discuție, documentele corespunzătoare terților SC Tehnic Asist SRL și SC Trio SRL au fost indicate ca fiind anexe ale acesteia, astfel că făceau corp comun cu declarația inițială, fiind necesar, pe cale de consecință, a fi comunicate împreună și în același timp.

Tot cu privire la declarația ..., Consiliul constată că autorul acesteia a enunțat în cuprinsul ei cerințele autorității contractante stabilite prin fișa de date, fără însă să descrie în concret modul de îndeplinire a cerințelor de calificare, prin furnizarea unui minim de informații care să permită comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii cerințelor fișei de date, sub rezerva depunerii ulterioare a documentelor care probează cele declarate.

De altfel, observă Consiliul, autoritatea contractantă justifică dreptul acordat participanților de a depune inițial doar o declarație privind îndeplinirea cerințelor de calificare prin faptul că, pentru procedurile derulate în baza OUG nr. 114/2011, ofertanții nu pot completa și depune formularul tip DUAЕ, acesta nefiind activ. Or, cât timp declarația este echivalentă formularului DUAЕ, pentru identitate de rațiune, ar trebui ca și condițiile de completare a acestor două documente, să fie similare. Prin urmare, cum nici un formular DUAЕ nu poate fi primit fără o descriere a modului de îndeplinire a cerințelor de calificare, prin indicarea unor date concrete, (cu titlu de exemplu, indicarea cifrei de afaceri, a contractelor prin care candidatul/ofertantul înțelege să probeze deținerea unui experiențe similare etc.), rezultă că nici o declarație pe propria răspundere nu poate fi acceptată fără ca în cuprinsul acesteia să nu se regăsească prezentate succint astfel de informații, cu atât mai mult cu cât operatorul economic se afla în posesia lor.

Nu lipsit de importanță este și faptul că, în cuprinsul raportului intermediar al procedurii, cu privire la situația în analiză, comisia de evaluare a reținut, referitor la candidatura ... că acesta „nu a prezentat însă documentele solicitate conform fișei de date a achiziției pentru operatorii economici SC Tehnic Asist SRL și SC Trio SRL. Comisia de evaluare a solicitat ofertantului transmiterea documentelor de calificare pentru cei doi susținători tehnici care confirmă informațiile din declarația inițială”, cu toate că, așa cum s-a reținut mai sus, în

declarația inițială nu erau prezentate niciun fel de informații concrete din care se rezulte modul de îndeplinire a cerințelor fișei de date.

Cât privește dreptul autorității contractante de a solicita clarificări, se reține că acesta este recunoscut numai în ceea ce privește clarificările și completările formale sau de confirmare, însă, în speța dedusă soluționării, acceptarea completării candidaturii cu documente constatate ca fiind lipsă, necesar a fi fost depuse până la termenul limită de depunere a candidaturilor/ofertelor, determină apariția unui avantaj candidatului ..., prin transformarea candidaturii sale, neelaborată corespunzător documentației de atribuire (sanționată de legiuitor cu respingerea ca inacceptabilă), într-una admisibilă.

Stabilind caracterul întemeiat al acestor critici ale contestatorului, care conduce la constatarea nelegalității deciziei autorității contractante împotriva căreia a fost formulată prezenta cale de atac, Consiliul apreciază de prisos analiza și a celorlalte două motive de nelegalitate evocate de contestator, caracterul inadmisibil al candidaturii depuse de ... neputând fi înlăturat.

Cât privește criticile suplimentare din cadrul concluziilor scrise, Consiliul constată caracterul inadmisibil al acestora, în acest sens fiind reținută incidența dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia: *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”*

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., va anula raportul intermediar al procedurii – etapa I nr. A8635/20.06.2019, în partea dedicată evaluării candidaturii ..., precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să reevalueze candidatura menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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 excepțiile neconstituirii cauțiunii și tardivității contestației, invocate de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., anulează raportul intermediar al procedurii – etapa I nr. A8635/20.06.2019, în partea dedicată evaluării candidaturii ..., precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă ... să reevalueze candidatura menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

.....