CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul situat în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată de ... - Președinte, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM EXPRES...”*, coduri CPV 45233120-6 (Rev.2), 45221111-3 (Rev.2), 71322500-6 (Rev.2), s-a solicitat adoptarea masurilor de remediere din care sa rezulte o documentație de atribuire întocmită cu respectarea prevederilor legale, respectiv:

- măsura de remediere 1 (în ceea ce privește cerințele autorității contractante menționate în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3 "Modul de prezentare a ofertei", art. 10 "Semnarea contractului"):

În măsura în care procedura nu este anulată, fiind organizată fără siguranța strict necesară a asigurării fondurilor, Clauza rezolutorie va fi introdusă sub forma unei clauze suspensive în contractul de achiziție, care va fi semnat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.

- măsura de remediere 2 (în ceea ce privește cerințele autorității contractante menționate în fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) "Capacitatea tehnică și/sau profesională" , Cerința 1 cap. teh. - partea a II- a):

Autoritatea contractantă va enunța, în clar (formă și conținut), pentru a se putea conforma fără diferențiere toți ofertanții, care sunt documentele presupus a fi indicate în cadrul Angajamentului ferm de susținere cu experiența similară, pe care ofertanții trebuie să le depună la faza de ofertare.

- măsura de remediere 3 (raportat la mențiunile repetate ale autorității contractante referitoare la faptul că ofertații trebuie să prezinte acordurile de subcontractare (dacă este cazul) cu indicarea valorii lucrărilor/serviciilor care urmează a fi subcontractate, aceeași valoare fiind obligatoriu inclusă și în DUAE prezentat de subcontractor (cu modificarea expresă a conținutului DUAE):

Eliminarea cerinței de prezentare, la faza de ofertare, a valorii contractelor de subcontractare.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participare în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM EXPRES...”*, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Având în vedere solicitările sale, autoarea contestației prezintă următoarele argumente:

În ceea ce privește cerințele menționate în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3 "Modul de prezentare a ofertei", art. 10 "Semnarea contractului", apreciază că autoritatea contractantă încalcă prevederile legale, respectiv:

- Notificarea ANAP nr. 256/2016, potrivit căreia, *"Atenție: la inițierea unei proceduri de achiziție publică cu „clauză suspensivă" care prevede încheierea contractului numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare - această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 143 din HG nr.395/2016 stabilește obligația AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.”*

- Prevederile art. 2. alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016: "*principiul asumării răspunderii*";

- Prevederile art. 143 din HG nr. 395/2016;

- Prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016;

- Prevederile art.146 (2) din HG nr. 395/2016;

În ceea ce privește cerințele menționate în fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) "Capacitatea tehnică și/sau profesională" , Cerința 1 cap. teh. - partea a II- a), susține că autoritatea contractantă încalcă prevederile legale după cum urmează:

- Art. 154 din Legea nr. 98/2016;
- Art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016;
- Art. 193 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016;

Față de aspectele de mai sus, contestatoarea precizează următoarele:

- autoritatea contractantă face referire la *"documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm"*, în măsura în care, în cadrul acestui angajament - formular 3B nu se face referire la vreun document;
- în textul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 nu se face referire la vreun document pe care terțul susținător (respectiv ofertantul) ar trebui să îl anexeze la angajamentul ferm privind experiența similară;
- în conformitate cu fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) "Capacitatea tehnică și/sau profesională" , Cerința 1 cap. teh. - partea a II- a), *"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*".

În ceea ce privește mențiunile autorității contractante referitoare la faptul că ofertații trebuie să prezinte acordurile de subcontractare (dacă este cazul), cu indicarea valorii lucrărilor/serviciilor care urmează a fi subcontractate, aceeași valoare fiind obligatoriu inclusă și în DUAE prezentat de subcontractor (cu modificarea expresă a conținutului DUAE), ... consideră că se încalcă prevederile legale după cum urmează:

- art. 60 alin. (1), (2) și (3) din HG nr. 395/2016;
- art. 195 din Legea nr. 98/2016;
- atenționarea de neconformitate enunțată chiar de autoritatea contractantă în propria fișă de date la Cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, respectiv, *"Ofertanții vor avea în vedere că necriptarea valorii totale a Propunerii Financiare în SEAP și încărcarea documentelor de fundamentare a valorii Propunerii Financiare în altă secțiune decât cea exclusiv dedicata de SEAP pentru aceasta operațiune atrage după sine neînregistrarea lor ca ofertanți în secțiunea "Detalii procedură - Evaluare" și la imposibilitatea realizării evaluării ofertelor acestora".*

În acest sens, autoarea contestației precizează că acordurile/contractele încheiate între ofertant și subcontractori (de orice fel), cu indicarea valorii de subcontractare, constituie fără tăgadă documente de fundamentare a valorii propunerii financiare.

De asemenea, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu poate nici susține și nici justifica cerința prin necesitatea de a atașa la contractul de achiziție publică aceste documente, întrucât, indiferent de formă și conținut, atașarea documentelor la contractul de achiziție se face numai de către ofertantul declarat câștigător conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită copia dosarului achiziției, integral, plus orice alte documente pe care le consideră edificatoare, punctul de vedere cu privire la contestație, precum și dovada comunicării acestuia către ....

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... autoritatea contractantă a comunicat documentele necesare soluționării cauzei, exceptând documentele ce pot fi descărcate direct din SEAP.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație.

Cu privire la introducerea unei clauze suspensive în contract privind fondurile din care este asigurată finanțarea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă face trimitere la fișa de date a achiziției, atât la secțiunea III. 1.2), cât și la secțiunea VI.2), unde se precizează că sursa de finanțare pentru acest contract va fi asigurată prin POIM 2014-2020.

Totodată, aceasta menționează că toate demersurile întreprinse de în vederea accesării finanțării europene nerambursabile se desfășoară sub stricta supraveghere a ..., care a inclus proiectul în Planul său de Acțiune pentru anul 2017 și care oferă asistență tehnică permanentă până la finalizarea procesului de obținere a finanțării.

Autoritatea contractantă arată că cerința potrivit căreia *"încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/ aprobarea finanțații lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică."* trebuie citită și interpretată în strânsă corelare cu obligația sa de a verifica alocarea bugetară anterior semnării contractului, în virtutea prevederilor art. 14 alin. (3) din Legea 500/2002.

Aceasta mai precizează că, în condițiile în care, în urma demersurilor întreprinse, nu se concretizează obținerea fondurilor

necesare, și/sau s-a scurs o perioadă îndelungată de la momentul desemnării ofertantului câștigător (inclusiv după finalizarea tuturor contestațiilor) fără a exista perspectiva obținerii fondurilor necesare, iar propunerea financiară a câștigătorului este alterată (prețurile nemaiavând corespondent în realitate și nemaiputându-se susține îndeplinirea contractului în condițiile prevăzute de câștigător în propria sa ofertă), consecința fiind nerealizarea în bune condiții a contractului, atunci își rezervă dreptul de a anula procedura de achiziție publică.

Autoritatea contractantă menționează de asemenea că, prin utilizarea acestei clauze rezolutorii, intenția sa este de a putea anula procedura de atribuire dacă nu sunt îndeplinite condițiile specificate mai sus, și nu de a rezilia un contract, dacă acesta ar fi semnat cu o clauză suspensivă privind sursa de finanțare, întrucât consecințele unei astfel de rezilieri ar fi apariția unor litigii între antreprenor și CNAIR legate, spre exemplu, de solicitarea unor costuri suplimentare generate de mobilizarea îndelungată a personalului și a utilajelor antreprenorului, până la obținerea fondurilor necesare, aceste situații putând genera revendicări din partea antreprenorului cu consecințe negative pentru beneficiar.

... precizează că, pentru a elimina orice ambiguitate generată de utilizarea sintagmei "*clauza rezolutorie*", a adoptat următoarele masuri de remediere cu privire la fișa de date a achiziției, publicate în SEAP la data de ...:

1) În secțiunea III. 1.2) Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante, sintagma "*clauza rezolutorie*" a fost înlocuita cu sintagma"*condiția*", textul secțiunii devenind *"POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea condiția din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare, a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului."*

2) În secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 10 Semnarea contractului, paragraful "Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarei clauze rezolutorii: CLAUZA REZOLUTORIE 1: [...] CLAUZA REZOLUTORIE 2:[...]",

s-a modificat și va avea următorul conținut:

"Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor condiții: CONDIȚIA 1: [...] CONDIȚIA 2: [...]"

3) În secțiunea VI. 2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/Program Operațional/Program National de Dezvoltare Rurală - Trimitere (trimiteri) la proiect(e) și/sau program(e), sintagma "*clauza rezolutorie*" a fost înlocuită cu sintagma "condiția", textul secțiunii devenind *"POIM în cofinanțare cu bugetul de stat. A se vedea condiția din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului. "*

4) În secțiunea VI.3) Alte informații, pct. 6 a fost modificat și va avea următorul conținut:

"Procedura de atribuire este iniţiată sub incidența următoarelor condiții: CONDIŢIA 1: [...] CONDIŢIA 2: [...]".

Având in vedere aceasta măsură de remediere adoptată, autoritatea contractantă consideră că solicitarea contestatoarei privind includerea unei clauze suspensive în cadrul contractului nu se justifică, mai mult, contravenind cu prevederile legale în vigoare prin care semnarea contractului este imposibilă în absența alocării bugetare.

2. Referitor la enunțarea documentelor pe care terțul trebuie să le transmită ofertantului din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, autoritatea contractantă arată că a prevăzut în documentația de atribuire, posibilitatea ofertanților de a beneficia de susținerea unui terț în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară și a cerințelor privind capacitatea tehnică, în condițiile prevăzute la art. 182 din Legea nr. 98/2016 și la art. 48 din HG nr. 395/2016.

... menționează că prin notificarea nr. 256/2016, așa cum a fost rectificată prin notificarea 258/2017, ANAP a formulat următoarea atenționare "*Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.*" și, *a*vând în vedere această recomandare, coroborat cu obligația prevăzută la art. 182 alin (4) din Legea nr. 98/2016, cade în sarcina ofertantului de a prezenta, odată cu angajamentul, documentele transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care acesta/aceștia va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament, apreciind în acest sens că cerința din cuprinsul documentației de atribuire nu excede prevederilor legale aplicabile, ci le respectă întocmai.

În legătură cu situația demonstrării cerinței de capacitate tehnică menționată de în contestație, autoritatea contractantă precizează că, deși ofertantul poate beneficia de susținerea unui terț în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței/cerințelor de experiență similară, prin angajamentul ferm, terțul susținător se angajează în fapt, ca pentru partea lui de implicare asumată, să îndeplinească integral, reglementar și la termen, obligațiile asumate de contractant în situația în care acesta din urma va întâmpina dificultăți în derularea contractului.

Prin urmare, aceasta afirmă că, raportat la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice și la solicitările din documentația de

atribuire, documentele din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament, sunt acele documente care demonstrează modalitatea concretă prin care terțul se va achita de obligațiile asumate prin angajamentul ferm, așa cum sunt acestea descrise în cuprinsul Formularului nr. 3B în speța de față.

Autoritatea contractantă precizează că a adoptat măsuri de remediere în ceea ce privește fișa de date a achiziției, pe care le-a publicat în SEAP la data de 08.08.2017:

Față de măsurile de remediere adoptate, autoritatea contractantă consideră că acest capăt de cerere din contestație rămâne fără obiect.

3. În ceea ce privește capătul de cerere referitor la eliminarea cerinței de prezentare a valorii contractelor de subcontractare la faza de ofertă, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 179 lit. k) din Legea nr. 98/2016, a solicitat prin fișa de date a achiziției, ca ofertanții să precizeze partea/părțile din contract pe care aceștia intenționează sa o/le subcontracteze, în acest sens, ofertanții urmând să completeze secțiunea corespunzătoare din DUAE cu informațiile citate de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 150 alin (2) din HG nr. 395/2016, respectiv *"în vederea determinării valorii creanței, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, VALOAREA LA CARE SE RIDICĂ PARTEA/PĂRŢILE RESPECTIVE, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte."*

Mai mult se arată că, prin notificarea nr. ..., așa cum a fost aceasta rectificată prin notificarea nr. ..., ANAP a formulat următoarea atenționare *"Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în\care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.",* prin Notificarea ANAP completându-se obligația prezentării contractelor de subcontractare de către ofertatul declarat câștigător anterior semnării contractului, potrivit art. 218 alin (4) din Legea nr. 98/2016, cu obligația ofertanților de a prezenta și acordurile de subcontractare odată cu DUAE și cu oferta.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 218 alin (4) din Legea nr. 98/2016, susținând că, așadar, contractul de subcontractare va conține în mod obligatoriu activitățile ce urmează a fi realizate de subcontractanți, dar și valorile prestațiilor acestora.

Totodată, aceasta invocă și dispozițiile art. 218, alin (5) din același act normativ, afirmând că informațiile care sunt incluse în contractul de subcontractare prezentat anterior semnării contractului

derivă din informațiile cuprinse în ofertă, prin urmare, inclusiv valoarea prestației rezultă tot din ofertă.

Prin coroborarea celor de mai sus cu cele privind obligația prezentării acordurilor de subcontractare împreuna cu DUAE, autoritatea contractantă concluzionează că are dreptul de a solicita indicarea în acordurile de subcontractare a valorii prestațiilor subcontractanților declarați în ofertă, astfel încât, aceste informații incluse în ofertă să devină informațiile de referință pentru prezentarea contractelor de subcontractare înainte de semnarea contractelor.

Aceasta mai menționează și faptul că indicarea valorii prestațiilor în cuprinsul acordurilor de subcontractare, dar și în DUAE, în mod corelat cu cerințele din fișa de date a achiziției, așa cum prevede de altfel și art. 20 alin (5) - (7) din HG nr. 395/2016, nu poate furniza niciun indiciu cu privire la valoarea propunerilor financiare ale ofertanților, întrucât lipsește baza de calcul a acestei valori.

În ceea ce privește acuzația de încălcare a prevederilor art. 60 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă afirmă că acestea se refera strict la modul de prezentare a ofertei financiare în cadrul platformei SEAP, ori, indicarea doar a valorii acordurilor de subcontractare nu poate conduce la cunoașterea valorii propunerii financiare a ofertanților:

Cu privire la invocarea în cuprinsul contestației a faptului că însăși autoritatea contractată a menționat în fișa de date a achiziției că documentele de fundamentare a valorii propunerii financiare trebuie încărcate în secțiunea dedicată din SEAP, în caz contrar operatorii economici urmând a nu fi înregistrați în sistem ca ofertanți și neputând fi evaluați, ... face trimitere la fișa de date a achiziției, secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare, unde se precizează care sunt documentele de fundamentare a valorii propunerii financiare ce vor fi prezentate în cadrul ofertei și de unde rezultă că acordurile de subcontractare nu intră în categoria acestor documente.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a comunicat documentul numit *CONCLUZII SCRISE*, solicitând admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Raportat la măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă în ceea ce privește precizarea acesteia cuprinsă în fișa de date la cap. IV.4. 3 "Modul de prezentare a ofertei", art. 10 "Semnarea contractului", autoarea contestației susține că această măsură nu schimbă consecințele asupra participării operatorilor economici la procedura de achiziție, mai exact, autoritatea contractantă nu este și nu poate fi considerată responsabilă pentru lipsa fondurilor, dar trebuie să își asume responsabilitatea organizării

procedurii de achiziție în lipsa fondurilor, cu implicații financiare majore asupra operatorilor economici.

Aceasta precizează că orice condiție impusă în vederea încheierii contractului de achiziție publică, încalcă prevederile art. 143 alin. (1) și art. 145 din HG nr. 395/2016.

În concluzie, aceasta consideră că nu încheierea contractului ar trebui condiționată, ci intrarea acestuia în vigoare (clauza suspensivă).

Având în vedere măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă în ceea ce privește precizarea acesteia cuprinsă în fișa de date, la cap. III.2.3.a) "Capacitatea tehnică și/sau profesională" , Cerința 1 cap. teh. - partea a II-a, contestatoarea apreciază că această măsură nu schimba cu absolut nimic și nu clarifică cerința confuză de prezentare a unor documente la care autoritatea contractantă face referire și care nu există.

În acest sens, face trimitere la notificarea ANAP nr. 258/2017, considerând că în textul acesteia nu se face referire la niciun alt document din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului (pentru că în cazul susținerii cu experiența similară, aceste documente nu există).

Mai mult, aceasta afirmă că prevederea legală care reglementează susținerea cu resurse netransferabile (experiența similară) este cuprinsă în art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, menționând că, din lecturarea textului de lege, rezultă că legiuitorul nu face referire la vreun document atașat angajamentului, pentru că acesta nu există.

Totodată, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă ar trebui să facă o distincție clară între resurse transferabile și netransferabile și ar trebui fie să elimine cerința prevăzută în cazul susținerii cu experiența similară, fie să nominalizeze în mod clar documentele solicitate, în conformitate cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește mențiunile autorității contractante referitoare la faptul că ofertații trebuie să prezinte acordurile de subcontractare (daca este cazul) cu indicarea valorii lucrărilor/serviciilor care urmează a fi subcontractate, aceeași valoare fiind obligatoriu inclusă și în DUAE prezentat de subcontractor, autoarea contestației subliniază faptul că în acest sens nu au fost adoptate masuri de remediere, menținând-și susținerile cuprinse în contestație.

Mai mult, aceasta face următoarele precizări:

- Autoritatea contractantă face referire la *"documentele de fundamentare a valorii Propunerii Financiare"* așa cum sunt prezentate în fișa de date cu intenția de a sublinia că aceste documente sunt cele care se criptează și că acordurile de contractare nu intră în categoria documentelor de fundamentare a

propunerii financiare, ... considerând că această abordare și interpretare este greșita întrucât interdicția se referă la conținutul, nu la titlul documentului.

De asemenea, aceasta redă valorile prezentate în graficul de plăți, susținând că toate operațiunile și multe altele din cadrul acestuia, pot face obiectul subcontractării pentru care autoritatea contractantă solicită indicarea valorii, în afara propunerii financiare.

Aceasta consideră că precizarea în acordurile de subcontractare, la faza de ofertare, a procentului de subcontractare este suficientă, nu încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice, nu reprezintă niciun impediment și nu împiedica autoritatea contractantă să cunoască valoarea subcontractării așa cum susține ca are nevoie pentru contractul de achiziție publică.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de licitație deschisă, a fost inițiată de ..., în vederea încheierii atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM EXPRES...”,* prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate - preț”, valoarea estimată a contractului fiind 479.802.905,88 lei, fără TVA.

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la prevederile documentației de atribuire, susținând că cele mai jos analizate sunt de natură să încalce prevederile legale incidente și afectează o bună desfășurare a procedurii de atribuire.

Referitor la cerința inclusă la cap. IV.4.3 ”Modul de prezentare a ofertei”, art. 10 ”Semnarea contractului”, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut:

”Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarei clauze rezolutorii:

CLAUZA REZOLUTORIE: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Urmare depunerii contestației, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, publicate în SEAP în data de 08.08.2017, astfel:

I. În vederea eliminării oricărei ambiguități generate de utilizarea sintagmei "clauza rezolutorie”, Autoritatea Contractantă opereaza următoarele modificări în Fișa de date a achiziției:

1) In sectiunea III. 1.2) Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante, sintagma "clauza rezolutorie" se înlocuiește cu sintagma "condiția", textul secțiunii devenind "POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea **condiția** din sectiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului."

2) În secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 10 Semnarea contractului, paragraful "Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarei clauze rezolutorii: CLAUZA REZOLUTORIE: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achizitie publică” se modifică și va avea următorul conținut: "Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:

Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică."

3) În secțiunea VI.2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/Program Operațional/Program Național de Dezvoltare Rurală - Trimitere (trimiteri) la proiect(e) și/sau program(e), sintagma "clauza rezolutorie" se înlocuiește cu sintagma "condiția", textul secțiunii devenind "POIM în cofinanțare cu bugetul de stat. A se vedea condiția din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului."

4) În secțiunea VI.3) Alte informații, pct. 6 se modifică și va avea următorul conținut: "Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:

Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică."

Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut, la cap. III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plata și/sau trimitere la dispozițiile relevante: POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10, iar la cap. VI.2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/program operațional/program național de dezvoltare rurală: DA.

De asemenea, s-a prevăzut, la cap. IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, pct. 10. SEMNAREA CONTRACTULUI că Indiferent de momentul initierii procedurii de atribuire, autoritatea contractanta va verifica, inainte de incheierea contractului, respectarea dispozitiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice.

În acest sens, Consiliul reține și următoarele dispoziții legale:

- art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002: *Nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanţă şi plătită dacă nu este aprobată potrivit legii şi nu are prevederi bugetare*;

- art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: *(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:*

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau <u>dacă este imposibilă încheierea contractului</u>;

- art. 143 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă are obligaţia de a încheia contractul de achiziţie publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare;*

- art. 145 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă nu are dreptul de*

a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii;

- art. 146 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *(1) În situaţia în care autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire, în condiţiile art. 212 sau 213 din Lege, aceasta are obligaţia de a comunica în scris tuturor participanţilor la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, motivul care a determinat decizia de anulare, precum şi încetarea obligaţiilor asumate de ofertanţi prin depunerea ofertelor sau a solicitărilor de participare. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.*

Față de cele de mai sus, se reține că, obligația impusă în fișa de date a achiziției, are la bază dispozițiile Legii privind finanțele publice care nu permite angajarea, ordonanțarea și plata unei cheltuieli dacă aceasta nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare.

Astfel, în situația în care, la momentul semnării contractului, nu vor exista prevederi bugetare, autoritatea contractantă va putea face aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, dacă, în urma demersurilor efectuate, nu va putea obține finanțarea contractului.

Condiția introdusă de autoritatea contractantă informează operatorii economici asupra faptului că, pentru a se putea semna contractul, este necesară obținerea finanțării, în caz contrar, procedura urmând a fi anulată, informare care nu este contrară notificării ANAP nr. 256/2016, cum susține contestatoarea.

În notificarea amintită au fost prevăzute următoarele: *Atenție la inițierea unei proceduri de achiziție publică cu „clauză suspensivă" care prevede încheierea contractului numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare – această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 143 din HG nr. 395/2016 stabilește obligația AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare*.

Se observă că notificarea ANAP cuprinde o *atenționare* a autorităților contractante vizavi de libertatea nelimitată pe care ar putea să o aibă înainte de încheierea contractului, pentru situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute,

pentru obținerea finanțării. Or, în cazul analizat, autoritatea contractantă nu condiționează încheierea contractului de semnarea contractului de finanțare, ci de necesitatea respectării dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. De altfel, cum s-a arătat, fondurile sunt asigurate prin POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat

Potrivit art. 1400 Cod civil, *condiția este suspensivă atunci când de îndeplinirea sa depinde eficacitatea obligației*, adică nașterea în mod valabil a obligației, *condiția fiind rezolutorie atuncă când îndeplinirea ei determină desființarea obligației* (art. 1401 Cod civil), însă măsura de remediere propusă de contestatoare, respectiv introducerea clauzei: *"În măsura în care procedura nu este anulată fiind organizată fără siguranța strict necesară a asigurării fondurilor, clauza rezolutorie va fi introdusă sub forma unei clauze suspensive în contractul de achiziție, care va fi semnat cu ofertantul a cărui oferta a fost stabilită ca fiind câștigătoare*" nu poate fi acceptată, autoritatea contractantă neputând să semneze un contract fără a avea fondurile necesare derulării lui.

Semnarea unui contract sub condiția suspensivă a obținerii fondurilor, cum a susținut și autoritatea contractantă, ar putea conduce la situații litigioase cu consecințe negative pentru semnatarii contractului.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei vizavi de condiția din fișa de date a achiziției mai sus analizată.

În ceea ce privește criticile aduse cerinței de la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a, Consilul constată că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut: Cerința 3 cap. teh. - partea II, Nota 4: În cazul în care beneficiază de susținere din partea unui terț, ofertantul va prezenta pentru fiecare lot în parte: (...)

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 conditiile legii.

Urmare depunerii contestației, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, în data de 08.08.2017, următoarele măsuri de remediere:

2) În secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției, pentru cerințele 1 și 2 privind experiența similară, primul paragraf al lit. b) din Nota 4, respectiv "b) documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm

din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament." se modifică și va avea următorul conținut "documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm."

Celelalte prevederi ale lit. b) rămân neschimbate.

3) În secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției, pentru cerința 3 privind utilaje, instalații și echipamente tehnice, primul paragraf al lit. b) din Nota 5, respectiv " b) documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament." se modifică și va avea următorul conținut "documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezulta modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm."

Celelalte prevederi ale lit. b) rămân neschimbate.

4) În secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pet. 7. Oferta și documentele însoțitoare, paragrafele

"Formularul nr. 3A "Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea "Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, precum și documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament.

Formularul nr. 3B "Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - experiența similară" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea "Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică - experiență similară, precum și documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament.

Formularul nr. 3C "Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - Utilaje, instalații și echipamente tehnice" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea "Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul

beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică - resurse transferabile, precum și documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament, se revizuiesc și vor avea următorul conținut:

Formularul nr. 3A "Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea "Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, precum și documente transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținătari, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm.

Formularul nr. 3B ”Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - experiență similară" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea ”Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică - experiență similară, precum și documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm.

Formularul nr. 3C ”Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - Utilaje, instalații și echipamente tehnice" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea "Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică - resurse transferabile, precum și documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm."

De asemenea, a se vedea Anunțul de tip erată pentru modificarea secțiunilor corespunzătoare din Anunțul de Participare, în mod corelat cu modificările precizate la pet. l)-4) de mai sus.

5) Nota 1 din cuprinsul Formularului nr. 3A se modifică și va avea următorul conținut:

"În sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAE, și se vor constitui în anexe la angajamentul ferm.

Documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice și/sau financiare pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm."

6) Nota 1 din cuprinsul Formularului nr. 3B se modifică și va avea următorul continut:

"În sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAE, și se vor constitui în anexe la angajamentul ferm.

Documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice și/sau financiare pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm."

7) Nota 1 din cuprinsul Formularului nr. 3C se modifică și va avea următorul conținut: "În sensul art. 182 alin (4) din Legea 98/2016, documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAE, si se vor constitui în anexe la angajamentul ferm.

Astfel de documente care demonstrează că terțul susținător dispune de resursele în legătură cu care acordă susținerea și care vor fi disponibilizate în funcție de necesitățile contractului conform angajamentului ferm pot fi, fără a se limita la acestea: contracte de vânzare-cumpărare, închiriere, leasing, comodat etc.

Tipul documentelor este determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm."

Prin contestație, s-a invocat încălcarea de către autoritatea contractantă a următoarelor dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- art. 154 *Autoritatea contractantă are obligaţia 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;

- art. 182 alin. (5) *În cazul în care susţinerea terţului/terţilor vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorităţii contractante îndeplinirea obligaţiilor asumate prin acesta, în situaţia în care contractantul întâmpină dificultăţi pe parcursul derulării contractului*;

- art. 193 alin. (1) *Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:*

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

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

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

De asemenea, se reține că, potrivit art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, Odată cu angajamentul de susţinere, ofertantul/candidatul are obligaţia să prezinte documente transmise acestuia de către terţul/terţii susţinător/susţinători, din care să rezulte modul efectiv prin care terţul/terţii susţinător/susţinători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susţinere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Consiliul apreciază că, în condițiile în care, pentru terții susținători, trebuie prezentat angajamentul de susținere, iar acesta trebuie însoțit de documente conform art. 182 alin. (4) din lege, solicitarea autorității contractante nu poate fi considerată nelegală, conducând, în fapt, la o derulare mai rapidă a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă având posibilitatea stabilirii din acest stadiu al procedurii de atribuire dacă este necesară sau nu o solicitare de înlocuire a terțului/terților susținător/susținători.

Vizavi de documentele care trebuie prezentate, se consideră că măsurile de remediere luate în urma primirii contestației sunt lămuritoare. Astfel, în privința formularelor 3A și 3B care privesc susținerea situației economice și financiare și a capacității tehnice – experiența similară, s-a precizat că *Documentele prezentate trebuie sa indice care sunt concret resursele tehnice si/sau financiare pe care tertul le mobilizeaza in cazul in care operatorul economic intampina dificultati pe parcursul derularii contractului, tipul acestor documente find determinat de obligatiile asumate de ofertant si tertul sustinator prin angajamentul ferm.*

Contrar susținerilor contestatoarei, faptul că va fi acordată susținerea din partea terțului în privința resurselor netransferabile, cum este cazul experienței similare, nu înseamnă că nu este necesară depunerea de documente anexă la angajamentul de susținere, care conduc la posibilitatea autorității contractante de a verifica și capabilitatea terțului/terților susținător/susținători de a executa lucrările asumate.

Dispozițiile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 nu fac vreo distincție după cum susținerea privește resurse transferabile sau netransferabile, iar art. 182 alin. (5) din lege face referire la necesitatea ca, *în cazul în care susţinerea terţului/terţilor vizează resurse netransferabile, angajamentul să asigure autorităţii contractante îndeplinirea obligaţiilor asumate prin acesta, în situaţia în care contractantul întâmpină dificultăţi pe parcursul derulării contractului*. Condiția de la art. 182 alin. (5) din actul normativ indicat privește conținutul *angajamentului ferm*, și nu documentele anexă acestuia.

Așadar, se constată a fi nefondate criticile contestatoarei în referire la cerința de a fi prezentate documente atașat angajamentelor de susținere.

Analizând criticile cu privire la faptul că ofertanții trebuie să prezinte acordurile de subcontractare cu indicarea valorii lucrării/ serviciilor care urmează a fi subcontractate, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a luat măsuri de remediere, apreciind că nu se impunea luarea unor astfel de măsuri, în documentația de atribuire fiind prevăzute următoarele:

”5. INFORMATII PRIVIND SUBCONTRACTANTII

În cazul in care Ofertantul va subcontracta o parte din contract, Ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II "Informații referitoare la operatorul economic", secțiunea D "Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează", și partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnică și profesională", cu indicarea explicită a valorii la care se ridica partea/părțile subcontractate pentru fiecare subcontractant declarat. De asemenea, fiecare subcontractant 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" Nota 1: În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 170, alin (2) din Legea 98/2016, Autoritatea Contractantă solicită Ofertantului o singura dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație. Ofertantul va încarca în SEAP, împreună cu DUAE și cu oferta, acordul/acordurile de

subcontractare încheiate între Ofertant și subcontractantul/subcontractanții nominalizat / nominalizați în ofertă, astfel încât activitățile ce revin acestuia/acestora, precum și sumele aferente prestațiilor, să poată fi cuprinse în contractul de subcontractare ce va fi prezentat la încheierea contractului de achiziție publică. Acordul/acordurile de subcontractare va/vor fi semnat/e cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii. Acestea trebuie să conțină cel puțin următoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentanții legali ai subcontractantului; activitățile ce urmează a fi subcontractate; valoarea la care se ridică partea/părțile subcontractate; opțiunea privind realizarea plăților direct către subcontractant."

În soluționarea criticilor, Consiliul consideră relevante următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- art. 193: (1) *Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:*

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

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

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară ori privind capacitatea tehnică şi profesională invocând susţinerea unui terţ, DUAE include informaţiile menţionate la alin. (1) cu privire la terţul susţinător.

(3) În cazul în care operatorul economic intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţiile solicitate cu privire la subcontractanţi.

Consiliul reține că DUAE este o declarație pe propria răspundere că sunt îndeplinite criteriile de calificare și selecție, iar, pentru terți și subcontractanți au fost prevăzute atât informațiile care pot fi solicitate, cât și momentul la care anumite informații trebuie cunoscute, la momentul analizării DUAE, informațiile legate de valoarea părții din contract executată/prestată de subcontractanți nu sunt necesar a fi cunoscute.

Astfel de elemente sunt părți ale propunerii financiare, care, conform SEAP, nu este accesibilă, decât pentru ofertanții care au trecut de etapa analizării DUAE și a verificării propunerii tehnice, în

analiza DUAE, autoritatea contractantă având dreptul de a solicita eventual informații privind partea din contract care va fi executată/prestată de subcontractantul nominalizat, dar nu și valoarea acesteia.

Consiliul reține și faptul că solicitarea de a fi indicată în acordul de subcontractare, valoarea părții subcontractate, poate să conducă la influențarea comisiei de evaluare în evaluarea DUAE și a propunerilor tehnice, fapt ce contravine modului actual de derulare a evaluării ofertelor.

De altfel, această apreciere este confirmată și de faptul că, prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 din 05.01.2016, formularul standard pentru documentul european de achiziții unic prevede tipurile de informații care pot fi solicitate cu privire la subcontractant, respectiv enumerarea subcontractanților, la pct. 10 din Partea IV, lit. C Capacitatea tehnică și profesională, se prevede expres obligativitatea precizării faptului că *se intenționează să se subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contrac*t.

Prin urmare, se face precizarea expresă că informațiile solicitate pot privi cel mult *partea subcontractată* din contract, și nu valoarea acesteia.

Astfel fiind, Consiliul constată că este necesar ca autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/părților subcontractate.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire, în termen de 10 zile, cu respectarea considerentelor expuse în motivare, cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/ părților subcontractate. Modificările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate solicitările referitoare la modificarea cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, și cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitatate tehnică – partea a II-a.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Admite, în parte, contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire, în termen de 10 zile, cu respectarea considerentelor expuse în motivare, cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/ părților subcontractate. Modificările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate solicitările referitoare la modificarea cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, și cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitatate tehnică – partea a II-a.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 22 (douăzecișidouă) pagini.