CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) 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 înregistrată la C.N.S.C. sub nr.... înaintată de ..., cu sediul în ....., unde se vor comunica toate actele de procedură, în calitate de lider al Asocierii formată din ... – ..., împotriva adresei nr...., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „**...**, coduri CPV ..., s-au solicitat următoarele:

„- anularea adresei nr...., prin care ni s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire;

- anularea punctului de vedere al autorității contractante cu privire la notificarea prealabilă a subscrisei, cu nr...., prin care ni se comunica faptul că autoritatea contractantă nu va adopta măsuri de remediere;

- anularea Raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor solicitărilor de clarificări transmise asocierii ... în faza de reevaluare a ofertei și a tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr.... pentru motive de netemeinicie și nelegalitate;

- reevaluarea ofertei asocierii ... cu luarea în considerare a motivelor prezentate în prezenta contestație, cu declararea acestei

oferte ca neconformă și inacceptabilă și stabilirea ofertei câștigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice”.

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 adresa nr...., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, prin care i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată admisibilă, respectiv conformă, dar, în urma aplicării criteriului de atribuire, s-a clasat pe un loc inferior ofertei câștigătoare, emisă de autoritatea contractantă ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ***„...***, coduri CPV ..., solicitând:

„- anularea adresei nr...., prin care ni s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire;

- anularea punctului de vedere al autorității contractante cu privire la notificarea prealabilă a subscrisei, cu nr...., prin care ni se comunica faptul că autoritatea contractantă nu va adopta măsuri de remediere;

- anularea Raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor solicitărilor de clarificări transmise asocierii ... în faza de reevaluare a ofertei și a tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr.... pentru motive de netemeinicie și nelegalitate;

- reevaluarea ofertei asocierii ... cu luarea în considerare a motivelor prezentate în prezenta contestație, cu declararea acestei oferte ca neconformă și inacceptabilă și stabilirea ofertei câștigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice”.

În motivarea contestației, ... face un scurt istoric al procedurii, arătând că, nemulțumit de rezultatul procedurii a formulat notificare prealabilă, față de care, prin adresa nr...., autoritatea contractantă a comunicat faptul că nu va lua măsuri de remediere, ci va continua procesul de evaluare a ofertelor.

Față de acest aspect, contestatorul precizează că ... a stabilit câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește cerințele impuse prin documentația de atribuire, încălcând astfel, atât legislația în domeniul achizițiilor publice, dar și propria documentație de atribuire.

Arată că, prin prima notificare prealabilă, a criticat oferta asocierii ..., critică pe care o menține în continuare, sub aspectul faptului că terțul susținător al acesteia, respectiv ..., propus în dovedirea experienței similare, respectiv privind Cerința III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a procedurii, nu a depus documente din care să reiasă că nu și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general

consolidat, devenind incidentă situația de excludere reglementată de art.165 alin.2 din Legea nr.98/2016; de asemenea, nu a depus documente concludente din care să rezulte că acesta nu se încadrează în motivele de excludere.

În susținerea afirmației sale, contestatorul arată că ofertantul câștigător a depus pentru terțul susținător Certificatul nr. ... .

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul susține că Certificatul fiscal depus pentru terțul susținător nu are un caracter real, care să ateste îndeplinirea obligațiilor de plată la zi a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidate, fapt confirmat ulterior când autoritatea a cerut asocierii ... clarificări cu privire la terțul susținător.

Totodată, apreciază că asocierea ... a făcut o declarație falsă, motivat, în principal, de faptul că a depus în cadrul procedurii un document a cărui data de emitere/valabilitate a fost modificată, astfel că în speță nu poate fi vorba despre o omisiune în declararea unor fapte și informații reale, ci despre intenția operatorului economic de a denatura adevărul devenind incidente dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. b și h din Legea nr.98/2016.

Având în vedere cele de mai sus, autorul contestației învederează că autoritatea contractantă a permis asocierii câștigătoare să schimbe terțul susținător, ignorând faptul că acesta se face vinovat de prezentarea unor informații false în conținutul documentelor depuse în cadrul ofertei tocmai în încercarea de a obține atribuirea contractului de achiziții publică.

De asemenea, ... evidențiază un alt motiv de neconformitate al ofertei asocierii ..., suplimentar celui anterior expus, respectiv că, potrivit informațiilor publice postate ....

Având în vedere că riscul întocmirii ofertei este al ofertantului, contestatorul solicită Consiliului să constate că răspunsul asocierii câștigătoare la solicitarea de clarificări este neconcludent, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, invocarea propriei culpe nu poate conduce la acordarea acestui ofertant la posibilitatea transformării dintr-o oferte inacceptabilă într-o oferta admisibilă.

Autoritatea contractantă avea obligația, susține contestatorul, adoptării unor măsuri de remediere în ceea ce privește evaluarea ofertei și a răspunsului la solicitarea de clarificări transmisă de către Asocierea ... și de a respinge această ofertă ca neconformă și inacceptabilă.

... afirmă că ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit cerința de calificare experiența similară din Capitolul III.2.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, respectiv în ceea ce privește demonstrarea că în ultimii 5 ani a executat lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau infrastructura similară din punct

de vedere al complexității în valoare cumulată de cel puțin 34.500.000 lei, fără TVA.

Deși în cadrul raportului procedurii de achiziție și ulterior, în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ...., este indicat Atestatul nr. .... emis de .....

Având în vedere că valoarea contractului indicat pentru demonstrarea capacității tehnice a terțului susținător nu a fost demonstrată și prin raportare la faptul că prin răspunsul la solicitarea de clarificări a fost indicată valoarea estimată a contractului și nu valoarea efectiv executată, iar certificatul emis de autoritatea contractantă din Mauritania nu prevede o valoare, după cum, în mod eronat, afirmă asocierea ..., autorul contestației apreciază că se impunea respingerea acestei oferte ca inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Prin răspunsul nr. .... subliniază contestatorul, este indicată o altă valoare a contractului de lucrări încheiat cu ....

De asemenea, menționează că, în mod greșit, autoritatea a considerat îndeplinite de către ofertantul câștigător a cerințelor privind completarea DUAE în conformitate cu criteriile stabilite, sens în care apreciază că, în cauză, sunt aplicabile dispozițiile art.137 alin.2 lit.b) din HG nr.395/2016, cât privește acest ofertant, oferta fiind inacceptabilă.

... arată că, din raportul procedurii, reiese că autoritatea contractantă, cu ocazia evaluării ofertei câștigătoare, nici măcar nu a analizat DUAE-ul terțului susținător.

Totodată, cât privește terțul susținător, învederează un alt motiv de neconformitate al ofertei câștigătoare, în raport de prevederile art. 182 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, față de lipsa anexei la Angajamentul ferm prezentat, anexă din care reiese modul concret-efectiv de materializare a susținerii de către terțul susținător.

Astfel, arată că autoritatea contractantă a ignorat cerințele propriei documentații de atribuire, respectiv cea de la Capitolul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, NOTA 3 (Modalitate de îndeplinire) și IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, alegând varianta cea mai simplă, respectiv cea care îi permite ofertantului să propună un alt terț susținător, deși acest fapt îi creează un avantaj clar.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că măsurile de remediere dispuse de către ..., respectiv de a solicita clarificările nr..... și nu de a reanaliza documentele existente în dosarul achiziției, sunt nelegale și creează un avantaj ofertantului desemnat câștigător.

Prin urmare, susține ..., rezultă fără putință de tăgada faptul că oferta câștigătoare este lipsită de valabilitate prin prezentarea unor documente care nu corespund realității, iar autoritatea contractantă nu avea dreptul să îi permită schimbarea terțului susținător, ci era obligată

să sancționeze o astfel de conduită prin excluderea ofertantului din prezenta procedură.

Suplimentar tuturor motivelor de neconformitate anterior enunțate, învederează faptul că oferta asocierii ... trebuia respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 și art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin raportare la faptul că aceasta a depus documentele solicitate de autoritate ulterior termenului stabilit prin solicitarea de clarificări și prin corespondența electronică, iar nu prin SEAP, după cum impune noua legislație în domeniul achizițiilor publice, asumându-și riscul ca oferta să-i fie respinsă.

În susținerea afirmației sale, contestatorul invocă jurisprudența CNSC și precizează că documentele transmise de către asocierea câștigătoare la data de ...., la adresa de e-mail achizitiipublicecjg@gmail.com, iar nu prin SEAP, după termenul limită stabilit de către autoritate, respectiv după data de ...., nu mai puteau fi luate în considerare, raportat la principiul tratamentului egal, statuat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe care ... era obligat să-l respecte, motiv pentru care solicită Consiliului obligarea organizatoarei procedurii la reevaluarea ofertei asocierii ... și respingerea acesteia ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește noul terț susținător ..., contestatorul susține că autoritatea nu a procedat la verificarea valabilitatea cazierului judiciar depus de către ofertantul desemnat câștigător, deoarece aceasta nu poate considera că cerința cu privire la depunerea unui certificat de cazier judiciar este îndeplinită, având în vedere că acesta a fost eliberat la data de ...., deci cu mai mult de 10 luni înainte de momentul depunerii.

Totodată, consideră că oferta câștigătoare trebuia respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. 2 lit. b) având în vedere că nu a făcut dovada experienței similare din Capitolul III.2.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, respectiv în ceea ce privește demonstrarea că în ultimii 5 ani a executat lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau infrastructură similară din punct de vedere al complexității în valoare cumulată de cel puțin .... lei, fără TVA.

Deși s-a invocat de către Asocierea ... în susținerea demonstrării acestei cerințe, experiența similară a terțului susținător ..., respectiv contractul încheiat .....

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, învederează contestatorul, autoritatea a evitat să prezinte contraargumente față de aceste critici, limitându-se să facă trimitere doar la cazierele judiciare depuse după termenul limită de transmitere a răspunsului la solicitarea de clarificări.

În concluzie, autorul contestației apreciază că ... trebuia și putea să stabilească noua ofertă câștigătoare, luând în considerare că dreptul autorității contractante de a solicita clarificări nu putea fi exercitat în

mod discreționar; cea mai importantă limitare rămâne verificarea legalității și temeiniciei solicitării de clarificări, dar și faptul că aceasta nu trebuie să creeze un avantaj ofertantului respectiv.

Ca temei de drept, se invocă prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr..... a solicitat respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că, urmare a deciziei CNSC, a anulat, parțial, documentele rezultate în urma procesului de evaluare și a revenit în etapa de evaluare a declarațiilor DUAE, dovadă fiind procesele verbale de evaluare intermediară prin care, în baza documentației de atribuire coroborată cu Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, a HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și a Ghidului și Instrucțiunilor emise de către ANAP, a reevaluat obiectiv și licit ofertele.

Astfel, arată că, afirmațiile asocierii contestatoare "(...) prin Procesul-verbal nr. ..., comisia de evaluare a hotărât transmiterea solicitărilor de clarificări către Asocierea .... Potrivit Procesului-verbal nr. ...., comisia de evaluare a analizat răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ... și a reținut că acesta este concludent. Cu toate acestea, Autoritatea Contractantă procedează la transmiterea unei noi solicitări de clarificări, solicitând Asocierii ... sa schimbe terțul susținător, fără a justifica în vreun fel decizia de a permite înlocuirea terțului susținător, deși răspunsul la solicitare a fost considerat concludent. Asocierea ... transmite răspunsul la solicitarea de clarificări în termenul limită, ..., înlocuind terțul susținător (...)" dovedesc faptul că ..., în mod legal, înainte de a lua o decizie, a solicitat, în baza articolului 134 din HG nr. 395/2016, punctul de vedere al ofertantului Asocierea S.C. ... S.R.L. - ..., în ceea ce privește posibilele neclarități/inadvertențe constatate și în temeiul articolului 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu completările și modificările ulterioare, schimbarea terțului susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest aspect, față de criticile contestatorului, autoritatea contractantă afirmă că prevederea legală invocată este imperativă, ... având obligația și nu dreptul de a solicita, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b), în cazul în care terțul invocat de ofertant, nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, permițând astfel, schimbarea terțului susținător și continuarea procesului de evaluare a ofertelor.

Totodată, precizează că, documentele care au stat la baza reevaluării ofertelor, inclusiv a acordului de schimbare a terțului susținător, au fost puse la dispoziția reprezentanților împuterniciți de către asociere care, la sediul autorității, au analizat dosarul achiziției publice, cu excepția documentelor din oferte, declarate de către operatori economici ca fiind confidențiale.

În susținerea celor de mai sus, învederează că afirmațiile contestatorului precum "(..) intenția operatorului economic de a denatura adevărul, autoritatea a abordat o atitudine pasivă și chiar a permis Asocierii ... să schimbe terțul susținător, ignorând faptul că acesta se face vinovat de prezentarea unor informații false în conținutul documentelor depuse în cadrul ofertei tocmai în încercarea de a obține atribuirea contractului de achiziție publică " sunt lipsite de fundament și dovedesc încă o dată posibila rea credință și posibila dorință de tergiversare a rezultatului procedurii întrucât .... nu a abordat o atitudine pasivă, și ținând cont de afirmațiile societății contestatoare, de decizia CNSC și de mențiunile din legislația specifică, respectiv articolul nr. 134 alin 2 din HG nr. 395/2016, pentru a verifica veridicitatea celor stipulate de asocierea contestatoare a solicitat, punctul de vedere al Asocierii ..., ofertantul menționând că nu a știut de starea de insolvență a terțului susținător și astfel nu se află în situația de "a se face vinovat de prezentarea unor informații false", așa cum susține, în mod nejustificat, contestatorul.

Mai mult decât atât, arată autoritatea că, pentru a se dovedi cele mai sus afirmate, la dosarul achiziției se regăsește răspunsul asocierii ... și documentele justificative aferente, la care au avut acces inclusiv reprezentanții asocierii contestatoare, care din motive subiective și din dorința de a nu-i permite să finalizeze prezenta procedură de achiziție publică, refuză să le ia în calcul, aducând astfel un prejudiciu important bugetului instituției și, în mod indirect, și locuitorilor județului prin lezarea interesului public și nepermiterea realizării unui obiectiv de investiții cu impact covârșitor la nivel județean, mai ales că în conformitate cu contractul de finanțare nr. ...., dacă până la data de .... nu sunt finalizate lucrările, proiectul este declarat nefuncțional, iar ...va fi obligat să returneze ..... La această sumă se va adăuga și valoarea contractului care face obiectul achiziției publice prezente. Deci, impactul asupra bugetului .... va fi mult mai mare pentru că de fapt se pierd două finanțări. Nefinalizarea lucrărilor la acest drum județean cu o lungime de peste 32 km și care traversează județul are un impact negativ asupra bunăstării locuitorilor județului.

De asemenea, precizează că celelalte critici, care se regăsesc și în contestația anterioară, asupra cărora s-a pronunțat CNSC prin Decizia nr. ...., nu vor mai fi combătute, întrucât au fost demontate în punctele

de vedere anterioare și prezentate asocierii contestatoare prin însăși documentele rezultate în urma evaluării ofertelor.

Cu privire la criticile contestatorului conform cărora oferta desemnată câștigătoare trebuia respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 și art.2 alin.2 din Legea nr.98/2016, prin raportare la faptul că acesta a depus documentele solicitate de autoritatea contractantă ulterior termenului stabilit prin solicitarea de clarificări și prin corespondența electronică, iar nu prin SEAP, autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr...., atașată în SEAP, asocierea a precizat că documentele solicitate împreună cu traducerea legalizată vor fi transmise cel târziu la data de 07.05.2018.

Astfel, după cum se arată, la data de .....

În baza celor mai sus descrise și a documentelor justificative aflate la dosarul achiziției publice, inclusiv a faptului că multe din solicitările din prezenta contestație au făcut obiectul unei alte contestații de la etapa de evaluare tehnică asupra cărora CNSC s-a pronunțat deja, ...consideră că este lipsită de fundament și temeinicie contestația depusă, având doar un rol de tergiversare a rezultatului procedurii și de posibilă prejudiciere a bugetului instituției, motiv pentru care solicită Consiliului să respingă contestația ca fiind nefondată, astfel încât să poată fi finaliză procedura de atribuire a contractului, și, implicit, realizarea execuției lucrărilor până la data de ....

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri din dosarul achiziției publice.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauze, ... a depus „Concluzii scrise”, înregistrate la C.N.S.C. sub nr....

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „***...***, coduri CPV ..., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr..... fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Împotriva unui prim rezultat al procedurii, despre care a luat cunoștință din adresa nr.....

Continuând procedura, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr....., prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de Asocierea formată din S.C. ... S.R.L. și ...., cu o propunere financiară .... lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat al procedurii de atribuire, despre care a luat cunoștință din adresa nr....., Asocierea formată din ... și ... a înaintat notificare prealabilă, față de care autoritatea contractantă a formulat răspunsul nr....., prin care a arătat, în temeiul art.6 alin.5 din Legea nr.101/2016, ca va adopta măsuri de remediere, care se vor

comunica, potrivit art.6 alin.6 din același act normative, în termen de o zi lucrătoare de la adoptarea lor.

Prin adresa nr....., comisia de evaluare a comunicat „Măsuri de remediere", constând în:

....

-Anularea Raportului procedurii nr.....

-Anularea comunicărilor intermediare și a proceselor-verbale de evaluare DUAE, tehnic și financiar – în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii S.C. ... (lider de asociere) și ....

-Comisia de evaluare a hotărât ca măsură de remediere, reevaluarea ofertei Asocierii S.C. ... (lider de asociere) și ...., de la faza DUAE, urmând a vă comunica ulterior rezultatul reevaluării."

Împotriva adresei de comunicare a măsurilor de remediere (....), Asocierea formată din ... și ... a depus contestația soluționată prin decizia C.N.S.C. nr....., în sensul respingerii acesteia pe considerente legate de prematuritatea formulării ei, respectiv nu era emis încă un document care să conțină rezultatul procedurii de atribuire, de natură a-l vătăma pe contestator.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.....

Împotriva acestui rezultat al procedurii, despre care a luat cunoștință din adresa nr....., a depus contestația de față, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante.

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

... critică decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de Asocierea formată din S.C. ... S.R.L. și ...., susținând că este nelegală, în esență, din următoarele considerente:

-terțul susținător, ..., declarat inițial în ofertă, nu a îndeplinit cerințele documentației de atribuire, astfel că oferta desemnată câștigătoare trebuia respinsă fără a se permite schimbarea terțului susținător;

-transmiterea documentelor solicitate, de către asocierea desemnată câștigătoare, în afara termenului stabilit;

-în privința noului terț susținător, ..., autoritatea contractantă nu a procedat la verificarea valabilității cazierului judiciar, iar cerința experienței similare nu a fost îndeplinită de acesta.

În ceea ce privește primul considerent de nelegalitate invocat, Consiliul reține că, ... impută autorității contractante faptul că nu a procedat la respingerea ofertei desemnată câștigătoare, depusă de Asocierea formată din S.C. ... S.R.L. și ...., motivat de faptul că terțul declarat inițial, ..., nu a îndeplinit cerințele documentației de atribuire și a permis schimbarea terțului susținător.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, ulterior adoptării măsurilor de remediere urmarea notificării prealabile din ...., autoritatea contractantă a decis să solicite Asocierii formată din S.C. ... ., următoarele:

„1.Să clarificați cu documente justificative pentru terțul susținător, îndeplinirea cerinței cu privire la achitarea obligațiilor privind plata impozitelor și taxelor și a contribuțiilor la bugetul general consolidat asumată a fi îndeplinită prin DUAE și prin certificatul nr....., dat fiind faptul că societatea emitentă a notificării prealabile, afirmă că respectivul document nu a putut fi verificat pe site-ul oficial al instituției emitente a respectivului certificat de atestare fiscală;

2.Să clarificați cu documente justificative situația juridică valabilă la data elaborării/prezentării ofertei a terțului susținător S.C. ..., ținând cont de mențiunile prezentate în DUAE Partea a III Motive de excludere – litera C al terțului susținător și afirmațiile din notificarea prealabilă – acest ofertant a ascuns starea de insolvență/faliment a terțului susținător S.C. ....

3.Să justificați cu documente, modalitatea de îndeplinire de către terțul susținător a cerinței privind experiența similară, ținând cont de faptul că un ofertant emitent al notificării prealabile afirmă că – deși în cadrul raportului procedurii de achiziție este indicat Atestatul nr.131 emis de ....

....

.....

- că considere răspunsul asocierii ca fiind unul concludent;
- să transmită acesteia o nouă solicitare de clarificări în sensul schimbării terțului susținător;
- să continue procesul de evaluare a acestei oferte.

....

Procedând la stabilirea legalității operațiunii de schimbare a terțului susținător, de către asocierea desemnată câștigătoare, contestată de ..., Consiliul reține, cu relevanță în cauză, prevederile art.183 din Legea nr.98/2016, care prezintă următorul conținut:

„(1) Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la 1rt.164, 165 și 167.

(2) ***Dacă terțul****/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau* ***se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art.164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art.2 alin.2 lit.b****.”*

Așadar, terțul susținător poate fi schimbat, în mod legal, la solicitarea autorității contractante, o singură dată, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal, dacă respectivul terț susținător se încadrează în una dintre cele două ipoteze menționate,

respectiv nu îndeplinește vreunul dintre criteriile privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art.164, 165 și 167 din Legea nr.98/2016.

De interes este și faptul că, din aceleași prevederi legale se desprinde ideea că schimbarea terțului susținător intervine la momentul la care autoritatea contractantă constată că situația acestuia se circumscrie uneia dintre ipotezele arătate, independent de poziția ofertantului față de această situație.

....

După cum a rezultat din situația de fapt relevată, terțul susținător declarat de asocierea desemnată câștigătoare nu s-a aflat în prima dintre ipotezele vizate de textul legal, aspect care a și determinat concluzia autorității contractante conform căreia răspunsul la clarificări a fost considerat concludent, ci în ipoteza prevăzută de art.167 din Legea nr.98/2016.

De altfel, contestatorul însuși arată că starea de insolvență a terțului susținător S.C. ... atrage incidența dispozițiilor art.167 alin.1 lit.b din H.G. nr.395/2016.

Art.167 alin.1 din Legea nr.98/2016, prevede că:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

b) ***se află în procedura insolvenței*** *sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității;”*

Astfel fiind, schimbarea terțului susținător, de către asocierea desemnată câștigătoare, s-a realizat cu respectarea prevederilor din materia achizițiilor publice, context în care nu mai prezintă nicio relevanță îndeplinirea/neîndeplinirea criteriilor de calificare de către terțul susținător declarat inițial.

Dincolo de aceasta, chiar și neîndeplinirea criteriilor privind capacitatea, de către terțul susținător declarat, după cum s-a arătat deja, constituie cauză de schimbare legală a acestuia.

Relativ la solicitările de clarificări transmise asocierii desemnată câștigătoare ulterior adoptării măsurilor de remediere, Consiliul constată că autoritatea contractantă a acționat, de asemenea, cu respectarea prevederilor din materia achizițiilor publice, nefiind prevăzută nicăieri vreo interdicție în sensul de a solicita clarificări în situația dată, după cum nu există vreo prevedere în sensul de a se proceda la reevaluare doar în baza documentelor deja depuse, așa cum susține contestatorul. Din contră, în reevaluarea ofertei autoritatea contractantă beneficiază de toate drepturile legale din etapa de evaluare a ofertelor, inclusiv de dreptul de a solicita clarificări și a reevalua oferta sub toate aspectele în vederea stabilirii legale a rezultatului procedurii de atribuire, după cum s-a pronunțat constant și practica judiciară.

Nu poate fi primit în soluționare nici argumentul contestatorului conform căruia asocierea desemnată câștigătoare ar fi fost avantajată prin faptul solicitărilor de clarificări, de vreme ce nu s-a dovedit încălcarea vreunei prevederi legale, de către autoritatea contractantă, în speță nefiind vorba despre transformarea unei oferte din una inacceptabilă/neconformă în una admisibilă.

În ceea ce privește cel de al doilea considerent de nelegalitate invocat, constând în faptul că asocierea desemnată câștigătoare a transmis documentele solicitate ulterior termenului stabilit prin solicitarea de clarificări și prin utilizarea corespondenței electronice, iar nu prin postarea în SEAP, Consiliul constată următoarele:

....

Solicitarea a fost materializată prin adresa nr....., în finalul căreia apare precizat:

*„**Documentele solicitate se vor transmite în SEAP, semnate cu semnătură electronică extinsă**, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii acreditat.*

*Termenul de răspuns: **....***.

Asocierea a răspuns prin adresa nr....., la care a anexat documentele solicitate, la pct.1.10 din cadrul adresei apărând următoare mențiune:

....

Cu adresa nr...., asocierea a transmis următoarele:

„În completare la răspunsul nr..... transmitem, înainte de termenul de .... menționat, documentele de la Situația personală a candidatului sau ofertantului – Obligații fiscale, punctul 1.10, după cum urmează: (...)”

Adresa menționată și documentele suport, nu au fost transmise în SEAP, ci, așa cum autoritatea contractantă recunoaște, prin fax și e-mail.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că asocierea desemnată câștigătoare nu s-a conformat solicitării autorității contractante de a transmite, în termenul stabilit de aceasta, toate documentele solicitate, respectiv nu a fost depus cazierul judiciar actualizat al administratorului ...., acest document fiind transmis la data de ....

Reține Consiliul că asocierea nu a solicitat, iar autoritatea contractantă nu a acordat prelungirea termenului de depunere a răspunsului.

Art.60 alin.4 din H.G. nr.395/2016, prevede obligația comisiei de evaluare ca *„(...), în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin.1 și 2, să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, și **să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor – suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns**.”*

Astfel fiind, de vreme ce asocierea desemnată câștigătoare nu a respectat termenul de răspuns este evident eronată decizia comisiei de evaluare de a lua în considerare documentele transmise ulterior acestui termen, aceasta echivalând cu încălcarea propriei reguli impuse prin adresa de clarificări.

Incidente ofertei asocierii, în situația relevată, sunt dispozițiile art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016, coroborate cu art.209 alin.1 din Legea nr.98/2016, care stabilesc expres sancțiunea în cazul în care ofertantul nu se conformează termenului de răspuns acordat de autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificări.

De asemenea, asocierea nu a respectat, în cazul documentelor transmise în data de .... modalitatea de transmitere stabilită de autoritatea contractantă, respectiv în SEAP purtând semnătură electronică extinsă.

Dispozițiile art.123 din H.G. nr.395/2016, stabilesc faptul că:

„(2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, ***documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP****.*

(3) ***Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă****, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale.”*

Procedura de față este una de licitație deschisă derulată exclusiv prin mijloace electronice, așa cum rezultă din fișa de date a achiziției, cap.IV.1 – „*Procedura”*, autoritatea contractantă însăși stabilind la cap.IV.4.3 – „*Modalitatea de prezentare a ofertei*”, după cum urmează:

„***Online****.* ***Toate documentele si ofertele vor fi semnate cu semnătură electronica extinsa si se vor încărca electronic în SEAP****, în sectiunile respective, atasat prezentei proceduri de achizitie pe site-ul www.e-licitatie.ro. Operatorii economici au dreptul de a transmite oferta numai în format electronic si numai pana la ora si data limita de depunere a ofertelor.* ***Documentele eliberate de terti se vor prezenta scanate si semnate electronic de catre ofertant, pe proprie raspundere.*** *(…)”*

Așadar, asocierea desemnată câștigătoare avea obligația de a transmite răspunsul la clarificări prin postarea în SEAP a acestuia și a documentelor suport, semnate cu semnătură electronică extinsă.

În condițiile în care societatea ofertantă avea cunoștință despre rigorile fixate de autoritatea contractantă chiar în cuprinsul fișei de date, publicată în SEAP la .... precum și din solicitarea de clarificări primită, pe care nu le-a contestat, și cum nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii, întrucât societatea ofertantă a înțeles să nu se conformeze rigorii depunerii răspunsului de clarificare cu

semnătură electronică extinsă (în ceea ce privește documentele din data de ....), nu are decât a-și imputa propriei lipse de diligență consecințele negative pe care este ținută să le suporte.

Mai mult, se observă că asocierea contestată a înțeles rigorile de depunere a documentelor, de vreme ce răspunsul său de clarificare, transmis autorității în data de ...., a fost postat în SEAP fiind semnat cu semnătură electronică extinsă.

Astfel, eronată este decizia autorității contractante și din perspectiva modalității de transmitere a documentelor, care nu respectă prevederile fișei de date a achiziției și nici pe cele legale invocate în cele ce preced.

Consiliul constată că, prin punctul de vedere referitor la contestație, autoritatea contractantă arată că documentele au fost transmise prin fax și e-mail deoarece asocierea *„nu ar fi avut cum din punct de vedere tehnic să atașeze în SEAP, adresa nr.....”,* afirmație care induce existența unei imposibilități din punct de vedere tehnic al postării în SEAP a documentelor.

Acest argument nu va fi primit în soluționare deoarece, în răspunsul nr....., asocierea nu face referire la existența vreunei imposibilități de ordin tehnic de transmitere a documentelor, care ar fi determinat-o să aleagă calea transmiterii prin fax și e-mail.

Mai mult decât atât, răspunsul și documentele transmise sunt înscrisuri ce se pretează a fi postate în SEAP, același tip de documente fiind depuse de asociere și cu privire la membrii acesteia. Nu poate fi luat în considerare nici faptul că documentul (cazier judiciar) este emis de un terț, această situație fiind explicit reglementată prin fișa de date (***Documentele eliberate de terti se vor prezenta scanate si semnate electronic de catre ofertant, pe proprie raspundere.****)*

Nu în ultimul rând, se reține că asocierea a transmis în SEAP, împreună cu celelalte documente justificative, certificatul de cazier judiciar al administratorului terțului susținător ...., cel care nu se mai afla, însă, în termenul de valabilitate.

Astfel fiind, susținerile contestatorului se rețin a fi întemeiate, decizia de atribuire a contractului fiind adoptată cu încălcarea, de către autoritatea contractantă, a propriilor reguli stabilite, precum și a legislației din materia achizițiilor publice.

Importanța respectării, de către ofertanți, a regulilor prestabilite de derulare a achiziției, a fost subliniată și de instanțele de judecată, relevante fiind:

- deciziile nr. ....(particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), ...

- decizia nr. .....

În ceea ce privește ultimul considerent de nelegalitate invocat, constând în faptul că autoritatea contractantă nu a verificat valabilitatea cazierului judiciar depus de terțul susținător, dar și că acesta nu a făcut dovada îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, Consiliul constată:

Cu privire la primul aspect invocat, față de cele mai sus reținute, din care rezultă că documentele transmise la data de .... nu prezintă relevanță, apare ca inutilă o verificare a susținerilor contestatorului, oferta asocierii desemnată câștigătoare nefiind una admisibilă în sensul art.137 alin.4 din H.G. nr.395/2016.

Referitor la cel de al doilea aspect invocat, Consiliul se va raporta la prevederile de la cap.III.2.3 – „*Capacitatea tehnică*" din fișa de date, în conformitate cu care, pentru „EXECUȚIE":

„Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani, a executat lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau infrastructurii similară d.p.d.v. al complexității în valoare cumulată de cel puțin ....

Notă: Autoritatea contractantă va lua în considerare și lucrările de construcție nouă și/sau reabilitare și/sau modernizare pentru drumuri/poduri și sau pasaje care au fost realizate în cadrul unor contracte ce nu au avut ca obiect exclusiv lucrări de drumuri. (...)

Modalitatea de îndeplinire

(...) La solicitarea autorității contractante, operatorul economic clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin prezentarea de certificate de bună execuție și/sau alte documente justificative întocmite în condițiile actelor normative care reglementează recepția lucrărilor, care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și care au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatorii tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor. Documentele prin care operatorii economici pot îndeplini cerințe privind experiența similară sunt următoarele fără a se limita la:

-certificate de predare-primire;
-recomandări;
-procese-verbale de recepție;
-certificări de bună execuție;
-certificate constatatoare;
-alte documente relevante.

Din documentele prezentate să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică. (...)

Nota 2: În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul poate beneficia de susținerea unui/unor terți. În acest sens vor fi respectate prevederile art.182 din Legea nr.98/2016 și ale art.48 din H.G. nr.395/2016."

Din documentele depuse de asocierea desemnată câștigătoare rezultă că, în vederea îndeplinirii criteriului de calificare menționat, aceasta a prezentat:

-*„Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională*”, emis de terțul susținător .....

...

.....

Astfel, abordarea contestatorului apare ca excesiv de formalistă în contextul dat, fiind lipsite de orice utilitate cercetările în direcția indicată de acesta, raportat la anvergura, importanța și complexitatea contractului depus, care privește ....

Prin urmare, Consiliul va respinge susținerile contestatorului.

Având în vedere considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația, va anula raportul procedurii de atribuire nr....., în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de Asocierea formată din .....precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Capătul de cerere privind anularea solicitărilor de clarificări, din cadrul contestației, va fi respins, ca nefondat, iar cel privind reevaluarea ofertei arătată cu declararea ei ca neconformă și inacceptabilă, va fi respins ca inadmisibil, în considerarea art.27 alin.2 lit.j din H.G. nr.395/2016, potrivit căruia atribuția stabilirii ofertelor inacceptabile/neconforme aparține comisiei de evaluare, competența materială a Consiliului fiind limitată la efectuarea controlului de legalitate a actelor atacate.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr....., în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de Asocierea formată din .... precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea solicitărilor de clarificări și, ca inadmisibil capătul de cerere privind reevaluarea ofertei arătată cu consecința declararii ei ca neconformă și inacceptabilă.

Obligatorie.

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

...