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. 12 alin. (1) 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 fără număr de înregistrare și nedatată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu sub nr. 8124/28.02.2018, SC ...SRL, cu sediul în orașul ...., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având CIF ..., reprezentată legal prin Administrator ...., a contestat adresa nr. ../..., reprezentând rezultatul evaluării DUAE, întocmită în cadrul procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Canalizare pluvială strada ..., tronson Prelungirea ...- str. Victoriei", inițiată de MUNICIPIUL ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., str. ... nr. ..., județul ...și a solicitat următoarele:

- anularea comunicării cu nr. 7032/19.02.2018 și a tuturor actelor subsecvente și anterioare care au dus la declararea ofertei ca inacceptabilă (procese verbale de evaluare, rapoarte intermediare, rapoarte, etc);
- repunerea ...S.R.L. și a ofertei acesteia în situația anterioară luării deciziei de declarare ca inacceptabilă a ofertei sale și continuarea evaluării ofertei acesteia;
- respectarea prevederilor art. 172 și art. 185 din Legea nr. 98/2016 cu rezultatul acceptării experienței subcontractorului declarat, ca fiind experiență eligibilă (conformă).

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

În susținere, SC ...SRL aduce la cunoștință că prin adresa nr. 7032/19.02.2018 oferta sa a fost declarată inacceptabilă în urma evaluării documentelor DUAE, a solicitării de clarificări cu nr.

5542/08.02.2018 privind experiența similară pentru serviciile de proiectare conform cerințelor din documentația de atribuire și a răspunsului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă considerând că, experiența similară a subcontractantului ...SRL nu poate fi luată în considerare prin raportare la legislația în vigoare, care prevede posibilitatea îndeplinirii cerinței privind experiența similară doar de către ofertant/ofertant asociat/terț susținător. În susținere, autoritatea contractantă invocă dispozițiile Instrucțiunii nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că, pentru îndeplinirea cerinței Cap. III 2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională" din fișa de date, conform căreia „Ofertantul trebuie să demonstreze că a prestat servicii de proiectare și execuție lucrări similare în ultimii 3 ani", poate fi luată în considerare experiența subcontractantului, potrivit dispozițiilor art. 185 alin. (1) și (2) și art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, care prevăd obligarea autorității contractante de a lua în considerare experiența subcontractantului S.C. ...S.R.L.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a decis aplicarea unei instrucțiuni, în loc de aplicarea unei legi și a unei hotărâri de guvern, care prevede foarte clar cum se demonstrează experiența similară, deși Instrucțiunea nr. 2/2017 este emisă pentru „aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale" și nu derogă de la legea specială, Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele mai sus precizate, contestatoarea consideră descalificarea ofertei sale, pentru neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă nerecunoscând experiența subcontractantului S.C. ...S.R.L., ca fiind nelegală, nefondată, nemotivată și fără temei de fapt sau de drept.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației, Consiliul, prin adresa nr. 8432/... .../01.03.2018, a solicitat contestatoarei SC ...SRL, să comunice, actul contestat, cu menționarea modalității de transmitere/recepționare și a datei primirii lui, prezentând dovezi în acest sens precum și documente relevante din care să rezultă data înaintării, către autoritatea contractantă, a notificării prealabile.

Prin adresa nr. 8434/... .../01.03.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante MUNICIPIUL ...înaintarea documentelor necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, inclusiv oferta contestatoarei, precum și dovezi privind transmiterea punctului de vedere către contestatoare, cu precizarea, modalității de transmitere, către contestatoare, a adresei nr. 7032/19.02.2018, prezentând dovezi în acest sens precum și documente relevante din care să rezulte data înaintării, către autoritatea contractantă, a notificării prealabile.

Contestatoarea SC ...SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 8432/... .../01.03.2018, prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, datată 02.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 8790/05.03.2018, depunând documentele solicitate.

Prin adresa nr. 8825/05.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 9501/08.03.2018, autoritatea contractantă MUNICIPIUL ...a comunicat punctul său de vedere referitor la contestație, însoțit de documentele solicitate de CNSC prin adresa nr. 8434/... .../01.03.2018.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca fiind nefondată și menționează că își menține decizia de a declara oferta depusă de SC ...SRL ca fiind inacceptabilă, conform legislației în vigoare, respectiv art. 185 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, considerând că, prin participarea la procedura de atribuire, în calitate de subcontractant a operatorului economic Depac Felloows SRL, acesta se angajează față de contractant, în ceea ce privește îndeplinirea clauzelor contractuale și nu direct față de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă susține că, potrivit Instrucțiunii nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, (....): „în situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului”, astfel încât, în opinia sa, dovedirea cerinței privind experiența similară poate fi făcută doar de către ofertant/ ofertant asociat/ terț susținător și nu de către subcontractant. Prin urmare, conform celor de mai sus precum și conform art. 185 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă susține că, ofertantul ...SRL, în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, avea posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic sau putea invoca susținerea unui/unor terți, legea neprevăzând și posibilitatea subcontractării pentru îndeplinirea acestei cerințe.

Autoritatea contractantă invocă prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, susținând că, deși acesta este emis pentru a explicita prevederile din OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, cerințe similare privind îndeplinirea acestor criterii se regăsesc și în Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă consideră că, prin formularea „luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului”, așa cum susține contestatoarea, legiuitorul face referire la resursele umane și tehnice și nu la experiența similară, noțiuni care se regăsesc la art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în aplicarea căruia a fost emisă Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 2/2017, așa cum s-a menționat anterior.

Având în vedere cele de mai sus, MUNICIPIUL ..., solicită respingerea contestației ca nefondată.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

MUNICIPIUL ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Canalizare pluvială strada ..., tronson Prelungirea ...- str. Victoriei”, cod CPV: 45332300-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..../22.12.2017, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 17.01.2018 ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 640.834,91 lei.

Potrivit procesului verbal nr. 2465 din 17.01.2018 al ședinței de accesare a ofertelor depuse în SEAP, până la termenul limită stabilit, au depus oferte un număr de 5 operatori economici. În urma evaluării și analizei DUAE și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a respins ca inacceptabilă oferta depusă de SC ...SRL, această decizie fiind comunicată contestatoarei prin adresa nr. 7032 din 19.02.2018 – actul atacat în prezenta cauză.

Autoarea contestației a depus la dosarul cauzei dovada respectării dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă fără număr din 23.02.2018, înaintată autorității contractante, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 8266/28.02.2018, prin care autoritatea contractantă comunică faptul că nu este de acord cu măsurile de remediere solicitate.

Nemulțumită de faptul că autoritatea contractantă nu a luat măsurile de remediere solicitate prin notificarea prealabilă, SC ...SRL a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat documentele depuse de acesta, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului evaluării DUAE, motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către S.C. ...S.R.L. au fost următoarele:

«Constatare:

Comisia de evaluare constată că ofertantul declară în DUAE că experienţa similară pentru serviciile de proiectare este asigurată de către Subcontractantul ...SRL și nu poate fi luata în considerare prin raportare la legislaţia în vigoare, care prevede posibilitatea îndeplinirii cerinţei privind experienţa similară doar de către ofertant/ofertant asociat/tert susţinător.

Solicitare:

Având în vedere cele constatate, Comisia de evaluare, în baza Art. 209 din Legea 98/2016, decide solicitarea de clarificări referitoare la experienţa similară aferenta serviciilor de proiectare, după cum urmează:

- prezentarea unui punct de vedere asupra modului în care oferta prezentata îndeplineşte cerinţa privind experienţa similară pentru serviciile de proiectare conform cerinţelor din Documentaţia de atribuire.

Clarificare:

Ofertantul a răspuns în termenul precizat în solicitarea de clarificări nr. 5542/08.02.2018, prezentând un punct de vedere prin care argumentează ca potrivit Art. 185 alin. (1 și 2) și Art. 172 alin. (4) din Legea 98/2016 poate fi luata în considerare experienţa subcontractantului în vederea îndeplinirii cerinţei privind experienţa similară.

Comisia de evaluare constată că ofertantul, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu demonstrează îndeplinirea cerinţei solicitate.

Conform Fișei de date a achiziţiei Cap. III 2.3.a - Capacitatea tehnică și/sau profesională „Ofertantul trebuie să demonstreze că a prestat servicii de proiectare și execuţie lucrări similare în ultimii 3 ani".

Experienţa similară a subcontractantului nu poate fi luată în considerare prin raportare la legislaţia în vigoare, care prevede posibilitatea îndeplinirii cerinţei privind experienţa similară doar de către ofertant /ofertant asociat/terț susţinător.

Potrivit Instrucţiunii nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, Art. 14 alin. (1) „În situaţia în care un operator economic nu poate îndeplini cerinţa referitoare la experienţa similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susţinerea unor terţi, caz în care experienţa similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului". Întrucât răspunsul transmis nu demonstrează îndeplinirea cerinţei, Comisia de evaluare consideră răspunsul neconcludent și oferta este declarata inacceptabilă.

Oferta este declarată inacceptabilă de către membrii comisiei de evaluare, din punctul de vedere al îndeplinirii criteriilor de calificare.»

Având a verifica motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către contestator, Consiliul constată netemeinicia acestora, pentru considerentele prezentate în continuare.

Potrivit prevederilor din fişa de date a achiziţiei, autoritatea contractantă a solicitat:

„III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului

Operatorii economici participanți la procedură (ofertant, asociat, terț susținător și <u>subcontractant</u>) vor completa și prezenta DUAE cu informațiile aferente situației lor.

III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională

Experiența similară pentru servicii de proiectare și lucrări:

Ofertantul trebuie să demonstreze că a prestat servicii de proiectare și execuție lucrări similare în ultimii 3 ani.

<u>Informații privind subcontractanții</u>

1.Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.
4. Autoritatea contractantă nu stabilește cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, ***dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit****, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.*
5. În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.
În conformitate cu prevederile art. 174, alin (1) din Legea 98/2016, Autoritatea Contractantă își rezervă dreptul de a solicita ofertantului (...) să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv."

Consiliul ia act că, în dovedirea experienței similare pentru serviciile de proiectare, ofertantul a prezentat:

În DUAE-ul (C: „Capacitatea tehnică și profesională") prezentat de contestator (executant), s-a menționat:

„Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat
Numai pentru contractele de achiziții publice de servicii: în perioada de referință, operatorul economic a furnizat următoarele servicii principale de tipul specificat. Autoritățile contractante pot solicita experiență de până la trei ani și pot accepta experiența acumulată în urmă cu peste trei ani.
Descriere
Cerința ÎNDEPLINITA DE SUBCONTRACTANT".

În DUAE-ul (C: „Capacitatea tehnică și profesională") prezentat de subcontractantul SC ...SRL (proiectant), s-a menționat:

„Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat
Numai pentru contractele de achiziții publice de lucrări: în perioada de referință, operatorul economic a îndeplinit următoarele lucrări de tipul specificat. Autoritățile contractante pot solicita experiență de până la cinci ani și pot accepta experiența acumulată în urmă cu peste cinci ani.
Descriere
Cerința îndeplinită de Ofertant S.C. ...S.R.L."

Prin urmare, societatea contestatoare a completat DUAE-ul în vederea dovedirii îndeplinirii cerinței privind experiența similară, pentru partea de proiectare, prin subcontractant.

Considerând că cerința de calificare privind experiența similară în servicii de proiectare, nu poate fi îndeplinită de subcontractant, prin adresa nr. 5542 din 08.02.2018, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, următoarele:

„Constatare:

Comisia de evaluare constată că ofertantul declară în DUAE că experienţa similară pentru serviciile de proiectare este asigurată de către Subcontractantul ...SRL și nu poate fi luată în considerare prin raportare la legislaţia în vigoare, care prevede posibilitatea îndeplinirii cerinţei privind experienţa similară doar de către ofertant/ofertant asociat/terț susţinător. Având în vedere cele constatate, Comisia de evaluare decide că ofertantul nu demonstrează îndeplinirea cerinţei de calificare referitoare la experienţa similară aferentă serviciilor de proiectare și se solicită clarificări.

Solicitare:

Comisia de evaluare decide conform art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 solicitarea de clarificări după cum urmează:

- prezentarea unui punct de vedere asupra modului în care oferta prezentată îndeplineşte cerinţa privind experienţa similară pentru serviciile de proiectare conform cerinţelor din Documentaţia de atribuire."

Contestatorul a răspuns solicitării autorității contractante, precizând:

„Cu privire la constatarea comisiei de evaluare dorim să menţionăm că legislaţia în domeniul achiziţiilor publice, respectiv legea 98/2016 și HG 395/2016 este foarte clară în privinţa constatării dumneavoastră, respectiv:

ART. 185 din Legea 98/2016

(1) In cazul în care mai mulţi operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceştia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru.

(2) In cazul în care mai mulţi operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceştia pot beneficia de susţinerea unui terţ în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau capacitatea tehnică şi profesională, în condiţiile prezentei legi.

ART 172 din Legea 98/2016

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

Din cele două articole extrase din Legea 98/2016, rezultă foarte clar că în privinţa criteriilor privind capacitatea, autoritatea contractantă ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, de altfel când mai mulţi operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

Dorim să precizăm și să menţionăm că în lipsa acestor prerogative reglementate, și cu referire la prezenta procedură care implică atribuirea unui contract mixt, respectiv servicii de proiectare și lucrări, care sunt două operaţiuni total diferite, legiuitorul ar fi expus operatorii economici

la limitarea concurenței și acordarea posibilităţii participării doar a societăților care pe lângă lucrări să presteze și servicii și totodată să aibă experienţă în prestarea de servicii, ceea ce în virtutea statutară a legii încalcă principiile generale care guvernează achiziţiile publice.
În consecinţă, este total greşită decizia comisiei de evaluare, care consideră că ofertantul nu demonstrează îndeplinirea cerinţei de calificare referitoare la experienţa similară aferentă serviciilor de proiectare și se solicită clarificări.
S.C. ...S.R.L. participă în calitate de Ofertant aducând experienţă similară conform DUAE prezentat cu lucrarea „Înfiinţare sistem de canalizare și stație de epurare în localitatea Pantelimonu de Jos, Jud. Constanta", cu valoarea de 924.875,94 RON, având ca beneficiar S.C. .... S.R.L. care este peste pragul de experință similară solicitat de Autoritatea contractantă.
S.C. ...S.R.L. în calitate de subcontractant al ofertantului S.C. ...S.R.L., prezintă ca servicii similare de proiectare pentru proiect „Extindere reţea canalizare menajera, Pantelimonul de sus- str. Principala (cămin N16)- Str. Daliilor (Cămine CM529- Cămin CM 530)", cu valoarea de 23930 RON, având ca beneficiar pe S.C. .... S.A., ceea ce reprezintă peste pragul menționat în clarificarea dvs nr. 3 cu nr. 1272/10.01.2018, respectiv reprezintă mai mult de 2,7 % din construcții și instalații.
Având în vedere prerogativele legiferate de art. 172 și 185 din legea 98/2016 se poate foarte bine concluziona ca noi S.C. ...S.R.L., deţinem experienţa necesară execuţiei lucrărilor și subcontractorul nostru S.C. ...S.R.L. deţine experienţa necesară prestării serviciilor de proiectare, care conform art. 172 și 185 trebuie luată în considerare și cumulată.
Acestea rezultă din DUAE și din Acordul de subcontractare prezentat."

În Acordul de subcontractare, pentru servicii de proiectare, încheiat între SC ...SRL și SC ...SRL, se menționează:

*„Art. 6. Subcontractantul **se angajează** față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de investitor conform contractului: Proiectare și execuție Canalizare pluvială strada ..., tronson Prelungirea ...- str. Victoriei", MUNICIPIUL ....*"

Urmare acestui răspuns, autoritatea contractantă decide respingerea ofertei contestatorului, motivând că experiența similară a SC ...SRL nu poate fi luată în considerare, deoarece acesta are calitatea de subcontractant, nu asociat sau terț susținător.

Consiliul constată că SC ...SRL a declarat în DUAE-ul propriu că operatorul SC ...SRL are calitatea de subcontractant pe capacitățile căruia se bazează, iar din DUAE-ul celui din urmă rezultă că acesta susține ofertantul cu experiența similară pentru serviciile de proiectare, din acordul de subcontractare observându-se că se va implica în executarea părții de proiectare, aferentă contractului supus atribuirii.

Pentru faptul că SC ...SRL este subcontractant, autoritatea contractantă a respins oferta depusă de SC ...SRL, motivând că, pentru experiența similară cu privire la serviciile de proiectare, nu poate fi luat în considerare contractul subcontractantului.

Relevante în actuala speță sunt următoarele prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016:

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

- art. 179 din Legea nr. 98/2016:

Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:[…]

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă;

k) precizarea părții/părților din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze; […]

- art. 182 din Legea nr. 98/2016:

(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

- art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016:

În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a).

Având în vedere prevederile legale de mai sus, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare experiența similară a SC ...SRL. Atunci când ofertantul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională, prin invocarea susținerii acordate de un terț (subcontractant), în condițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, capacitatea acestuia poate fi cumulată cu cea a ofertantului pentru îndeplinirea respectivei cerințe. Prin urmare, cerința privind experiența similară, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, poate fi îndeplinită fie de către ofertant, fie de către ofertant prin cumul cu terțul (subcontractantul), fie de către terț (subcontractant). Totodată, conform prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea 98/2016 autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens. Astfel, având în vedere speța în cauză Consiliul precizează că se poate lua în considerare și experiența similară a subcontractantului, caz în care acesta devine și terț susținător, neavând însă obligația de a depune și angajamentul de susținere.

În Instrucțiunea nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017, emisă de ANAP, se precizează:

CAPITOLUL V

Modalităţi de îndeplinire/demonstrare şi evaluare a experienţei similare

ART. 12

(1) Autoritatea/Entitatea contractantă menţionează la nivelul fişei de date a achiziţiei faptul că pentru îndeplinirea cerinţei privind experienţa similară se va prezenta, ca dovadă preliminară, DUAE completat de ofertant/candidat, terţ susţinător şi subcontractant, după caz, cu informaţii relevante care să demonstreze realizarea plafoanelor valorice/cantitative impuse pentru cerinţa în cauză.

În lumina prevederilor legislative mai sus menționate și a documentelor aflate la dosarul cauzei, în ce privește experiența similară pentru serviciile de proiectare, pusă la dispoziție de SC ...SRL, Consiliul constată următoarele:

- DEPAC FELLOWS, prin prezentarea experienței sale în proiectare, devine, în înțelesul art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, entitatea pe ale cărei capacități tehnice se bazează ofertantul;
- prin prezentarea acordului de subcontractare, ...are calitatea de terță parte implicată în propunerea tehnică;
- între ofertant și ...(terța parte) există o relație juridică, materializată în acordul de subcontractare, așa cum impune art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;
- ...s-a angajat prin acordul de subcontractare să desfășoare, efectiv, serviciile în legătură cu care este necesară respectiva calificare (cerința de calificare referitoare la experiența similară), conform art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- ofertantul a inclus în propunerea sa tehnică, pentru partea de proiectare, secțiunea de propunere tehnică pentru activitățile pe care le va realiza ...(servicii de proiectare), ceea ce dovedește că SC ...SRL va avea acces în orice moment la resursele subcontractantului, conform angajamentului dat de cel din urmă, în acordul de subcontractare (prestarea serviciilor de proiectare), conform art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016;
- din propunerea tehnică pentru servicii de proiectare rezultă modul efectiv prin care ...va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere (materializat în acordul de subcontractare), cum impune conform art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016;
- DEPAC FELLOWS, prin completarea DUAE cu informații privind contractul aferent serviciilor de proiectare, face dovada că e un subcontractant pe care se bazează ofertantul, din punct de vedere al experienței similare, respectând, astfel, prevederile art. 193 alin. (3) teza 2 din Legea nr. 98/2016.

Din cele de mai sus, Consiliul ia act că operatorul economic ...este un subcontractant a cărui capacitate tehnică poate fi luată în considerare, pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară.

Această interpretare își are temeiul în art. 63 *Utilizarea capacităților altor entități*, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE:

(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește

autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.

În acest sens s-a pronunțat Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta:

49 […] *articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:*

- *recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și*
- *nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract.*

Astfel, ofertantul, în dovedirea experienței similare pentru servicii de proiectare, face dovada că se bazează pe capacitatea tehnică a entității subcontractoare.

În concluzie, autoritatea contractantă are obligația să ia în considerarea experiența similară a subcontractantului, nominalizat în contract, întrucât subcontractantul a fost propus pentru partea pentru care a fost solicitată experiența similară.

În ce privește argumentele autorității contractante, formulate în punctul de vedere, referitoare la faptul că

„Prin participarea la procedură în calitate de subcontractant a operatorului economic .... SRL, acesta se angajează față de contractant în ceea ce privește îndeplinirea clauzelor contractuale și nu direct față de autoritatea contractantă",

Consiliul constată că răspunderea solidară derivă din acordul de subcontractare, prin care ...s-a angajat să execute serviciile de proiectare, respectiv să răspundă în limitele asumate prin acest angajament.

Astfel, Consiliu consideră întemeiată critica privind luarea în considere a experienței similare prezentate de ...., în calitatea sa de subcontractant.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă are informațiile de bază necesare pentru a verifica DUAE prezentat de contestator, respectiv îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară.

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a documentelor de

calificare prezentate de ofertanţi, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor din fișa de date, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, sunt fondate, urmând să fie admise.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispoziţiile legale amintite, Consiliul reţine că aceasta s-a desfăşurat cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice.

Cu luarea în considerare a celor mai sus prezentate, Consiliul consideră că evaluarea realizată de autoritatea contractantă a înregistrat abateri de la cadrul legal și determină că, în mod incorect, a respins oferta depusă de SC ...SRL.

În raport de cele mai sus expuse, Consiliul reține că, în speță, se impune reevaluarea ofertei depuse de SC ...SRL, sub aspectul anterior analizat.

Având în vedere cele de mai sus, solicitările contestatorului privind anularea adresei nr. 7032/19.02.2018 şi reevaluarea ofertei sunt întemeiate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ...SRL în contradictoriu cu MUNICIPIUL ...și să anuleze, în parte, procesul verbal nr. 6810/19.02.2018 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la respingerea ofertei depusă de SC ...SRL.

Va obliga autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. (5) din același act normativ, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu MUNICIPIUL ..., în calitate de autoritate contractantă.

Anulează, în parte, procesul verbal nr. 6810/19.02.2018 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la respingerea ofertei depuse de SC ...SRL.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.