CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. .....
Data: .....

Prin contestația nr. ....., înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în str. ....., ..., având CUI ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată prin administrator, împotriva comunicării nr. ....., emis de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul str....., ..., ..., în vederea încheierii unui acord cadru, având ca obiect: „.....»”, cod CPV ....., s-a solicitat anularea comunicării nr. ....., și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică de la etapa de evaluare a ofertelor.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că ..... a organizat procedura de achiziție de servicii integrate de mentenanță cu finanțare aprobată prin Fondul pentru Securitate Internă, respectiv fișa de proiect nr. ..... - *„.....”*.

Acesta a depus ofertă pentru lotul 2, constând în „.....”, și după o serie de solicitări de clarificare primite de la autoritatea contractantă la care susține că a răspuns în termenele impuse, la data de 23.08.2019, a primit comunicarea autorității contractante nr. ..... din 22.08.2019, prin care în temeiul art. 137 alin. (1) și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, coroborate cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 96/2016 privind achizițiile publice, oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă.

Contestatorul consideră că decizia autorității contractante exprimată prin comunicarea cu nr. .....din 22.08.2019, prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, este netemeinică și nelegală, prezentând în continuare argumente în acest sens.

1. Un prim motiv de respingere a ofertei sale a fost faptul că pentru terțul său susținător SC .....SA, nu s-a respectat cerința prevăzută în secțiunea III. 1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din instrucțiunile pentru ofertanți.

Contestatorul redă respectivul punct din anunțul de atribuire ce indică faptul că: *„Documentele ce vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de calificare, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, până la data încheierii raportului de atribuire, conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt:*

a) certificate de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local și buget de stat), pentru toate punctele de lucru și sediile secundare, conform certificatului Oficiul Național al Registrului Comerțului, din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora".

Totodată precizează că autoritatea contractantă a invocat faptul că din certificatul de atestare fiscală nr. 7021169/14.06.2019 ce atesta că SC .....SA nu ar fi avut datorii la data 31.05.2019 și din ordinele de plată către Bugetul de Stat nr. 0208, nr. 0209, nr. 0210, nr. 0211 și nr. 0212 din 02.08.2019, a constatat că SC .....SA avea la momentul prezentării inițiale a certificatelor de atestate fiscală exigibile o datorie la bugetul general consolidat în valoare de 79.826 lei.

Mai departe, în argumentarea respingerii ofertei sale, contestatorul susține că autoritatea contractantă a precizat că terțul susținător *„a ales să nu dea dovadă de diligentă și să își achite creanțele",* că *„a transmis cu bună știință un certificat de atestare fiscală, nevalabil, dar care atesta lipsa datoriilor la o dată anterioară față de cea solicitată prin instrucțiunile pentru ofertanți"* și că acesta *„a indus în eroare comisia de evaluare prin solicitările de prelungire a termenului de transmitere a certificatelor".*

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a ignorat prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, dat fiind faptul că a dovedit achitarea obligațiilor fiscale datorate, ce reiese din certificatul de atestare fiscală nr. 7030817 din 07.08.2019.

Prin urmare, odată prezentat acest document comisiei de evaluare, aceasta nu mai avea dreptul de a emite decizia de excludere, legea prohibindu-i în mod expres această prerogativă.

Astfel, autoritatea contractantă prin comisia de evaluare a ales implicit să sancționeze în mod injust, tocmai efortul terțului susținător de a-și achita datoriile, într-un context economic general nefavorabil.

2. Al doilea motiv invocat de autoritatea contractantă în respingerea ofertei sale, a constat în faptul că terțul susținător

SC .....SA, nu ar fi îndeplinit cerința din secțiunea III. 1.3.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Mai precis, autoritatea contractantă a considerat că nu are capacitatea de îndeplinire a obiectului contractului, având în vedere că se solicita menționarea Codului CAEN ..... - ..... în documentul constatator.

Contestatorul precizează că deși s-a constatat că terțul susținător posedă respectivul Cod CAEN în actul constitutiv din 28.06.2019, autoritatea contractantă a respins oferta sa pe motivul că acesta nu era prevăzut și în Documentul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr. 432209 din 22.07.2019.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul atașează documentul de furnizare informații cu nr. 486569/28.08.2019 din care rezultă dreptul terțului susținător de a desfășura activitățile permise de Codul CAEN ..... - .....

3 Al treilea motiv invocat de autoritatea contractantă în respingerea ofertei sale, l-a constituit neîndeplinire de către terțul susținător a cerinței prevăzute la secțiunea III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Instrucțiunile pentru ofertanți.

Prin punctul III.1.3.a) din anunțul de atribuire, se solicita: *„Având în vedere prevederile art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ofertantul va demonstra că, în ultimii 3 ani, calculați prin raportare inversă la data limită de depunere a ofertelor, a prestat servicii similare, în valoare cumulată de: (...) lot 2 - .....: minim 470.000 lei"*

Invocând art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 contestatorul susține că a depus o listă în care a precizat contractul de mentenanță preventivă și corectivă pentru radarul tridimensional ATAR (SLA MR3DR) livrat către .....de către compania ....., în valoare de aprox. 1.007.822 lei precum și comanda PO2017240167/ 06.09.2017 în valoare de 87.440 lei.

Urmare solicitărilor de clarificări din partea autorității contractante, cu nr. 6 și nr. 7, terțul susținător a arătat că: „b.1) toate documentele încheiate între .....- .....(beneficiar final) - BATS (beneficiar) se găsesc și se pot consulta, în format hard, la sediile Defense Engineering, CN ..... SA și .....(..... și unitățile beneficiare subordonate),

b.2) în urma acordurilor de confidențialitate și anexei de securitate, încheiate între aceste entități ne-am angajat să nu difuzăm documentele către terți fără acordul părților,

b.3) deși unele documente sunt neclasificate, punerea tuturor documentelor într-un pachet (exemplu minutele încheiate cu Ministerul Apărării Naționale) pot conduce la formarea unor informații sensibile, având în vedere importanta și rolul sistemelor radar ATAR din cadrul Brigăzii 1 Rachete Sol-Aer/Statul Major al Forțelor Aeriene, considerate clasificate (numărul orelor/graficul de funcționare al sistemelor radar,

locațiile de dispunere ale radarelor, frecvența schimbării comandanților/echipajelor, perioadele de indisponibilitate a radarelor, defectele principale și consecințele acestora, etc), nu am transmis toate documentele enumerate în tabelele centralizatoare de facturi și minute."

Contestatorul consideră că din documentele depuse de către terțul susținător reiese în mod clar și fără echivoc faptul că îndeplinește cerința privind experiența similară prin considerarea exclusiva a valorilor serviciilor prestate în cadrul contractului de mentenanță preventivă și corectivă pentru radarul tridimensional ATAR (SLA MR3DR) livrat către .....de către compania .....și dovedite prin prezentarea listei facturilor a căror suma totalizează echivalentul a 1.007.822 lei însoțite de o factură în valoare de 8.336,00 Euro. Contractul fiind cu derulare lunara toate celelalte facturii fiind identice.

Invocând art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 contestatorul susține că lista principalelor servicii prestate, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor a fost depusă la autoritatea contractantă.

Prin urmare consideră că autoritatea contractantă putea și avea obligația de a solicita informațiile necesare entităților indicate de terț.

Aceasta a ales însă să respingă oferta, în detrimentul unui caracter concurențial al procedurii, soluție profund greșită cu atât mai mult cu cât terțul susținător chiar îndeplinea condițiile privind capacitatea tehnică și/sau profesională impuse de autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ....., contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205714122/1, tranzacția nr. ....., din data de 04.09.2019, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria, în valoare de ..... lei pe seama și la dispoziția CNSC, constituită conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018.

Prin adresa nr. 232513/09.09.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 35220/09.09.2019, autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată pentru motivele expuse în continuare.

Autoritatea contractantă precizează că analizând documentele-suport/dovezile prezentate de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAE prezentate, a constatat faptul că din înscrisurile prezentate nu a rezultat îndeplinirea în totalitate a cerințelor, apreciindu-se necesară transmiterea unei solicitări de clarificare către ofertant, cu respectarea dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 din HG nr. 395/2016.

Astfel, prin adresa nr. 231715/30.07.2019, a solicitat contestatorului clarificarea următoarelor aspecte, termenul acordat fiind 02.08.2019:

- dovada îndeplinirii de către terțul susținător, SC .....SA a cerinței prevăzute în secțiunea III.1.1.a) situația personală a candidatului sau ofertantului din Instrucțiunile pentru ofertanți: *„Documentele ce vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de*

calificare, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire (...), sunt: a) certificate de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local și buget de stat), pentru toate punctele de lucru și sediile secundare, conform certificatului Oficiul Național al Registrului Comerțului, din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora";

- dovada îndeplinirii de către terțul susținător - SC .....SA a cerinței prevăzută în secțiunea lll.1.3.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din Instrucțiunile pentru ofertanți: *„Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, că este legal constituit și că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, că au capacitatea profesională de a presta serviciile care fac obiectul contractului. Capacitatea de exercitare a activității profesionale trebuie demonstrată de orice operator economic participant la procedură, indiferent dacă este ofertant individual, membru al unei asocieri, subcontractant sau terț susținător. (...) Documentele ce vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de calificare, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire (...) Sunt: 1. Persoane juridice/fizice române: certificatul constatator eliberat de Oficiul National al Registrului Comerțului de pe lângă instanța competentă din care să rezulte că obiectul de activitate al ofertantului include prestarea de servicii care fac obiectul achiziției. Informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie conforme cu realitatea la data prezentării documentului. Fiecare asociat, subcontractant sau terț susținător este obligat să prezinte aceste documente, pentru partea din contact pe care o are de realizat";*

- dovada îndeplinirii de către terțul susținător - SC .....SA a cerinței prevăzută în secțiunea III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Instrucțiunile pentru ofertanți: *„(...) ofertantul (inclusiv asociatul, subcontractantul sau terț susținător în măsura în care experiența acestora este relevantă pentru proiect) clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire va trebui să prezinte documente din care să rezulte valori, perioade de furnizare și beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați (exemple de documente doveditoare: copii ale unor părți relevante din contractele îndeplinite, certificate de predare-primire, recomandări, procese verbale de recepție, documente constatatoare conform Instrucțiunii ANAP nr. 2 din 19 aprilie 2017)"*. De asemenea, *„(...) prestările în cuantumurile ante-menționate se vor confirma prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate contractantă ori de către clientul beneficiar".*

Referitor la primul motiv invocat de către contestator, autoritatea contractantă subliniază faptul că este lipsit de temei, dat fiind faptul că în conformitate cu cerințele prevăzute în documentația de atribuire,

raportat la starea de fapt și având la bază normele expres prevăzute de legislația în domeniu, ofertantul avea obligația ca până la data de 25.07.2019 (astfel cum rezultă din procesul verbal nr. 231527/18.07.2019), să depună înscrisurile solicitate, astfel cum a fost detaliat anterior.

Practic, la data de 25.07.2019, era necesar ca ofertantul să depună răspunsul la solicitarea de clarificare, inclusiv certificatele de atestare fiscală din care să rezulte faptul că societatea nu are datorii la data prezentării acestora.

În termenul acordat, 25.07.2019, ofertantul a prezentat pentru terțul susținător certificatul de atestare fiscală nr. 7021169 din 14.06.2019, eliberat de ANAF - Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice ....., din care rezultă că nu are obligații de plată restante la data de 31.05.2019. Autoritatea contractantă susține că ofertantul nu a prezentat certificatele de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor și a altor venituri datorate la bugetul local pentru toate punctele de lucru și sediile secundare ale terțului susținător conform certificatului Oficiul Național al Registrului Comerțului.

Din înscrisurile depuse, nu a rezultat îndeplinirea cerinței, fapt pentru care prin solicitarea de clarificare nr. .....s-a solicitat prezentarea certificatului de atestare fiscală emis de ANAF - Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice ..... precum și a certificatelor de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale în cazul persoanelor juridice, pentru cele trei puncte de lucru ale terțului susținător, emise de autoritatea competentă conform prevederilor instrucțiunilor pentru ofertanți, din care să rezulte lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora, acordând ca termen limită de răspuns ofertantului data de 02.08.2019.

La stabilirea termenului de răspuns pentru depunerea documentelor, comisia de evaluare a ofertelor a avut în vedere prevederile art. 158 alin. (5) din Codul de procedură fiscală, actualizat, care prevede eliberarea certificatului de atestare fiscală de către organul competent în termen de 3 zile lucrătoare de la data depunerii cererii.

La data de 31.07.2019, ofertantul a transmis prin intermediul SEAP solicitarea FN, înregistrată în evidențele Serviciului Achiziții cu nr. 231735 din 31.07.2019, pentru prelungirea termenului de răspuns la solicitarea de clarificare nr. 231715 din 30.07.2019 până la data de 09.08.2019, invocând *„termenul necesar pentru obținerea certificatului de atestare fiscală ANAF*".

Autoritatea contractantă precizează că solicitarea ofertantului a fost analizată cu celeritate de către comisia de evaluare, fiind întocmit în acest sens procesul verbal nr. 10 de analiză a documentelor suport DUAE, înregistrat cu nr. 231373 din 31.07.2019. Astfel, având în vedere justificarea invocată de operatorul economic, raportată la termenul prevăzut de art. 158 alin. (5) din Codul de procedură fiscală, comisia nu a fost de acord cu solicitarea acestuia de prelungire a termenului de

răspuns până la data de 09.08.2019 dar, în vederea întreținerii unui climat concurențial în cadrul procedurii de achiziție, comisia de evaluare a considerat că poate exista riscul, din cauze neimputabile operatorului economic, de a nu obține documentele solicitate în termenul stabilit inițial, acordând astfel o prelungire a termenului de răspuns la solicitarea de clarificare nr. 231715 din 30.07.2019 până la data de 06.08.2019, inclusiv.

În cadrul noului termen acordat ofertantul a transmis răspunsul FN înregistrat în evidențele serviciului achiziții cu nr. 231869 din 06.08.2019, analizat în procesul verbal nr. 11 de analiză a documentelor suport DUAE înregistrat cu nr. 232104 din 20.08.2019, fără să prezinte documentele solicitate privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, solicitând totodată prin intermediul câmpului deschis în SEAP a doua prelungire a termenului de răspuns la solicitarea de clarificare nr. 231715 din 30.07.2019, pentru obținerea certificatelor de atestare fiscală.

Analizând documentele transmise de către ofertant pentru terțul susținător, respectiv ordinele de plată către Bugetul de Stat numerele 0208, 0209, 0210, 0211 și 0212 din 02.08.2019 comisia de evaluare constată faptul că SC .....SA avea la momentul prezentării inițiale a certificatelor de atestare fiscală datorii exigibile la bugetul general consolidat în valoare de cel puțin 79.826 lei. De asemenea, a constatat faptul că deși terțul susținător a luat la cunoștință încă din data de 18.07.2019 cu privire la obligativitatea prezentării certificatelor fiscale din care să reiasă lipsa datoriilor la bugetul general consolidat la momentul prezentării, acesta a ales să nu dea dovadă de diligență și să își achite creanțele ci a transmis cu bună-știință un certificat de atestare fiscală, nevalabil, care atesta lipsa datoriilor la o dată anterioară față de cea solicitată prin instrucțiunile pentru ofertanți.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă susține că terțul susținător a indus în eroare comisia de evaluare prin solicitările de prelungire a termenului de transmitere a certificatelor, invocând *„termenul necesar pentru obținerea certificatului de atestare fiscală ANAF",* când de fapt acesta și-a achitat creanțele abia la data de 02.08.2019, termen limită la care ar fi trebuit să transmită certificate de atestare fiscală ca urmare a celei de-a doua solicitări în acest sens din partea comisiei.

Referitor la art. 165 alin. (3) invocat de contestator, autoritatea contractantă precizează că acesta nu este incident în cauză, atâta vreme cât, anterior luării deciziei privind excluderea ofertantului din procedura de atribuire, comisiei de evaluare nu i s-a pus la dispoziție Certificatul de atestare fiscală nr. 7030817/07.08.2019, invocat de contestator în contestația formulată, nici anterior, nici după luarea deciziei de excludere, comisia de evaluare neavând astfel posibilitatea să constate faptul că terțul susținător și-a îndeplinit obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat, certificatul de

atestare fiscală emis de organul competent fiind singurul înscris relevant, prin care se putea face dovada îndeplinirii cerinței.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că simpla transmitere a ordinului de plată nu echivalează cu îndeplinirea cerinței privind lipsa datoriilor întrucât comisia de evaluare nu putea să cunoască cuantumul sumelor datorate de către terțul susținător bugetului general consolidat.

Referitor la cel de-al doilea motiv invocat, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia, subliniind faptul că în secțiunea lll.1.3.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din Instrucțiunile pentru ofertanți sunt prevăzute următoarele: *„Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, că este legal constituit și că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, că au capacitatea profesională de a presta serviciile care fac obiectul contractului. Capacitatea de exercitare a activității profesionale trebuie demonstrată de orice operator economic participant la procedură, indiferent dacă este ofertant individual, membru al unei asocieri, subcontractant sau terț susținător.*

Se va completa DUAE (Documentul Unic de Achiziție European) de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor, în conformitate cu Notificarea ANAP nr. 240 referitoare la Ghidul de utilizare al DUAE.

Documentele ce vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de calificare, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, până la data încheierii raportului de atribuire, conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt:

Persoane juridice/fizice române: certificatul constatator eliberat de Oficiul National al Registrului Comerțului (OFICIUL NAȚIONAL AL REGISTRULUI COMERȚULUI) de pe lângă instanța competentă din care să rezulte că obiectul de activitate al ofertantului include prestarea de servicii care fac obiectul achiziției. Informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie conforme cu realitatea la data prezentării documentului.

Fiecare asociat, subcontractant sau terț susținător este obligat să prezinte aceste documente, pentru partea din contact pe care o are de realizat".

Prin urmare, având în vedere faptul că obiectul achiziției este reprezentat de *„....."*, cod CPV 50660000-9 - Servicii de reparare şi întreținere a sistemelor electronice militare, conform clasificării activităților din economia națională, disponibilă la adresa web https://www.Oficiul Național al Registrului Comerțului.ro/index.php/ro/caen, autoritatea contractantă precizează că a identificat codul CAEN care să permită prestarea serviciilor care fac obiectul contractului ca fiind ..... - Repararea echipamentelor

electronice si optice. Conform informațiilor care se regăsesc la adresa web ante-menționată, *„această clasă include repararea și întreținerea bunurilor produse în grupele 265, 266 si 267, cu excepția produselor care sunt considerate bunuri de uz casnic".* De asemenea, în grupa 265 se regăsește clasa 2651 - Fabricarea de instrumente si dispozitive pentru măsura, verificare, control, navigație, care include, printre altele, fabricarea de echipament radar.

În vederea verificării îndeplinirii cerinței de calificare asumată de terțul susținător prin completarea DUAE, comisia de evaluare a analizat documentul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului nr. 432209 din 22.07.2019 prezentat de ofertant pentru terțul susținător, neregăsind codul CAEN ..... necesar pentru prestarea serviciilor care fac obiectul achiziției, fapt pentru care a solicitat ofertantului modalitatea de îndeplinire a cerinței prin solicitarea de clarificare nr. 231715 din 30.07.2019.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificare, ofertantul a transmis mai multe documente, printre care: actul constitutiv al societății comerciale SC .....SA, actualizat din 28.06.2019, certificatul emis de SC Rina Simtex SRL privind ISO 9001:2015 și autorizația nr. 36, emisă de Ministerul Economiei.

Comisia a comparat documentele transmise de ofertant prin răspunsul la solicitarea de clarificare cu documentul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului nr. 432209 din 22.07.2019 și a constatat că deși codul CAEN ..... se regăsește în actul constitutiv din 28.06.2019, acesta nu este prevăzut în documentul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă a constatat faptul că terțul susținător SC .....SA nu a îndeplinit cerința prevăzută în secțiunea lll.1.3.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din instrucțiunile pentru ofertanți, fapt pentru care a considerat răspunsul ofertantului ca fiind neconcludent în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, declarând oferta ca fiind inacceptabilă în temeiul art. 137, alin. (2), lit. b) din același act normativ, coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 96/2016 privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că documentul *„furnizare informații nr. 486569/28.08.20189"* invocat de contestator în contestație nu a fost pus la dispoziția comisiei de evaluare, nici în cadrul documentelor depuse în susținerea informațiilor cuprinse în DUAE și nici în urma solicitării de clarificare nr. 231715/30.07.2019. Prin urmare, nu a avut posibilitatea să constate îndeplinirea cerinței din instrucțiunile pentru ofertanți.

Cu privire la cel de-al treilea motiv invocat de către contestator, autoritatea contractantă susține că și acesta este lipsit de temei, neîndeplinirea cerinței fiind cât se poate de evidentă și în acest caz.

Conform instrucțiunilor pentru ofertanți, secțiunea III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: *„(...) ofertantul (inclusiv*

asociatul, subcontractantul sau terț susținător în măsura în care experiența acestora este relevantă pentru proiect) clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire va trebui să prezinte documente din care să rezulte valori, perioade de furnizare și beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați (exemple de documente doveditoare: copii ale unor părți relevante din contractele îndeplinite, certificate de predare-primire, recomandări, procese verbale de recepție, documente constatatoare conform Instrucțiunii ANAP nr. 2 din 19 aprilie 2017)".

De asemenea, *„(...) prestările în cuantumurile ante-menționate se vor confirma prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate contractanta ori de către clientul beneficiar".*

Prin răspunsul său la solicitarea comisiei, ofertantul nu a transmis documentele solicitate, invocând faptul că *„deși unele documente sunt neclasificate, punerea tuturor documentelor într-un pachet (exemplu minutele încheiate cu MApN) pot conduce la formarea unor informații sensibile, având în vedere importanța și rolul sistemelor radar ATAR din cadrul Brigăzii 1 Rachete Sol-Aer/Statul Major al Forțelor Aeriene, considerate clasificate (numărul orelor/graficul de funcționare al sistemelor radar, locațiile de dispunere ale radarelor, frecvența schimbării comandanților/echipajelor, perioadele de indisponibilitate a radarelor, defectele principale și consecințele acestora, etc), nu am transmis toate documentele enumerate în tabelele centralizatoare de facturi și minute."*

Cu toate acestea, contestatorul a ales să transmită, cu titlu de exemplu, o serie de documente, precizând că *„acest set de documente dintre părțile contractante, pentru o activitate de mentenanță preventivă/un sistem radar, se întocmesc și se regăsesc pentru toate lucrările de mentenanță/sisteme radar, așa cum sunt enumerate si nominalizate în Tabel centralizator cu situația lucrărilor de mentenanță preventivă și corectivă efectuate de către SC Defence Engineering SA".*

Prin urmare, analizând documentele depuse de către SC ..... SRL cu terț susținător SC .....SA, autoritatea contractantă susține că reiese prestarea de servicii similare de către terțul susținător în valoare de 124.709,74 lei fără TVA, (8.336 EUR x 4.5688 lei, curs mediu BCE pentru anul 2018 + 18.804,50 EUR x 4.6540 lei, curs mediu BCE pentru anul 2017), valoare inferioară pragului de 470.000 lei solicitat de autoritatea contractantă, fapt pentru care a considerat oferta ca fiind inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2), lit. b) din HG nr. 395/2016, actualizate coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 96/2016 privind achizițiile publice, întrucât ofertantul nu a îndeplinit cerința prevăzută în secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din instrucțiunile pentru ofertanți.

Totodată, examinând justificarea operatorului economic privind confidențialitatea documentelor invocate în DUAE cu privire la

îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională și având în vedere faptul că documentele transmise de către ofertanți în cadrul procedurii de achiziție pot fi considerate confidențiale numai în raport cu terții și nu față de comisia de evaluare, contestatorul având posibilitatea să marcheze, motivat, documentele ca fiind confidențiale iar autoritatea contractantă să le includă în partea confidențială a dosarului de achiziție publică.

Totodată autoritatea contractantă consideră că dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară putea fi realizată și prin depunerea altor documente din care să excludă informațiile confidențiale, cum ar fi de exemplu o recomandare din partea beneficiarului.

Referitor la obligația autorității contractante de *„a solicita informațiile necesare entităților indicate de terț* " nu se află în strânsă legătură cu demersurile pe care operatorul economic trebuia să le întreprindă pentru a-și îndeplini obligația (nemo censetur legem ignorare). Prevederea legală invocată de ofertant se referă la situația în care autoritatea contractantă are nelămuriri (dubii) asupra documentelor depuse, nicidecum nu are obligația de a efectua o serie de demersuri pe care chiar ofertantul avea obligația de a le face. Autoritatea contractantă subliniază faptul că ofertantul contestator nu a depus documentația necesară, din care să rezulte îndeplinirea condițiilor cerute.

Prin adresa nr. 1841/06.09.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ....., contestatorul depune răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă pentru motivele prezentate în continuare.

1. Referitor la primul punct din contestație, autoritatea contractantă se limitează la a evoca prevederile pct. III.1.1a) referitoare la Situația personală a candidatului sau ofertantului din instrucțiunile pentru ofertanți și la a enumera articolele din lege ce reglementează obligațiile operatorilor economici privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

Aceasta nu tratează în niciun fel prevederea de la art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Totodată consideră că autoritatea contractantă nu are niciun argument în a justifica respingerea ofertei sale pe motivul că nu i s-a pus la dispoziție certificatul de atestare fiscală nr. 7030817/07.08.2019, atâta timp cât prin comunicarea rezultatului procedurii, recunoaște că terțul susținător *„și-a achitat creanțele (...) la data de 08.02.2019".*

Prin urmare contestatorul susține că apărarea autorității contractante conform căreia art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 nu ar fi incident în prezenta cauză, nu poate fi primită atâta timp cât aceasta a recunoscut atât prin comunicarea rezultatului procedurii cât și prin punctul de vedere depus la CNSC, că avea cunoștință de împrejurarea achitării taxelor de către terțul susținător.

Totodată consideră că sunt irelevante și trimiterile autorității contractante la art. 158, alin. (5) din Codul de procedură fiscală, atâta

timp cât singurul document unde acest text de lege este menționat este punctul de vedere transmis la CNSC și niciun alt document comunicat nefiind întemeiat pe respectivul text.

Având în vedere cele arătate, solicită respingerea apărărilor autorității contractante.

2. Referitor la al doilea motiv al contestației, operatorul contestator reiterează cele susținute prin contestație, respectiv împrejurarea că Registrul Comerțului nu a menționat în documentul constatator cu nr. 432209 din 22.07.2019, Codul CAEN ..... - ..... în Documentul constatator, nu trebuie să-i fie imputată, mai ales că a făcut dovada existenței acestuia prin depunerea actului constitutiv din 28.06.2019.

Contestatorul susține că a făcut dovada deținerii codului CAEN corespunzător prin depunerea actului constitutiv, însă autoritatea contractantă nu l-a luat în calcul.

În susținerea deținerii codului CAEN solicitat, contestatorul a atașat prezentei contestații, documentul de furnizare Informații nr. 486569/ 28.08.2019, document ce consemnează faptul că are dreptul de a presta activitățile prevăzute pentru Codul CAEN ..... - .....

3. Cu privire la al treilea capăt de cerere, contestatorul susține că a demonstrat îndeplinirea cerințelor prin documentele atașate contestației inițiale din care reiese îndeplinirea cerinței din Instrucțiunile pentru ofertanți.

În privința documentelor depuse la autoritatea contractantă, acesta consideră că s-a conformat prevederilor art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016, ce prevede depunerea unei liste 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.

Contestatorul reiterează faptul că autoritatea contractantă putea verifica direct informațiile comunicate de terț, prin solicitarea acestora entităților cu care acesta s-a aflat în relații contractuale.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru, pe loturi, având ca obiect: *„.....»”,* cod CPV ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este între ..... lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este *„cel mai bun raport calitate preț”.*

Având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie adresa de comunicare rezultat nr. 232219/23.08.2019 emisă de autoritatea contractantă prin care oferta SC ..... SRL cu terț susținător SC .....SA a fost respinsă ca inacceptabilă, Consiliul îl va analiza în

cele ce urmează prin raportare la prevederile documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Astfel, Consiliul reține că primul motiv de respingere a ofertei contestatorului îl reprezintă lipsa transmiterii pentru terțul susținător a certificatului de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

Cu privire la această cerință, se reține că fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - Informații si formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, stabilește următoarele:

„1. Operatorii economici participanți la procedură (inclusiv asociații, subcontractanții, terții susținători) nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute de art. 164, art. 165 şi art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

NOTĂ: Nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: ofertantul/membrii asocierii, subcontractantul / subcontractanții, terțul / terții susținător (i).

Modalitate de îndeplinire:

Documentele ce vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de calificare, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, până la data încheierii raportului de atribuire, conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt:

a) *certificate de atestare fiscală privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local și buget de stat), pentru toate punctele de lucru și sediile secundare, conform certificatului ONRC, din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora”*.

Având în vedere prevederile documentației de atribuire mai sus iterate și ținând seama de faptul că, în urma aplicării criteriului de atribuire oferta contestatorului s-a clasat pe primul loc, autoritatea contractantă a solicitat acestuia prin adresa **nr. .....**(pag. 392 din dosarul achiziției) transmiterea certificatelor de atestare fiscală din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora.

Consiliul reține că SC ..... SRL nu a respectat solicitarea autorității contractante, deoarece a transmis pentru terțul susținător SC .....SA certificatul de atestare fiscală nr. 7021169 din 14.06.2019 eliberat de ANAF- Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice ..... (pag.408 din dosarul achiziției) care nu era actualizat, acesta atestând situația obligațiilor de plată la 31.05.2019 și nicidecum, la momentul prezentării acestuia.

Mai mult, deși contestatorul nu s-a conformat la transmiterea actualizată a certificatului de atestare fiscală pentru terțul susținător, autoritatea contractantă a revenit cu o nouă solicitare prin adresa nr. **.....**(pag. 427 din dosarul achiziției) solicitând prezentarea până pe

02.08.2019 a certificatului de atestare fiscală emis de ANAF, din care să rezulte lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestuia. Ulterior, deși data până la care trebuia transmis certificatul de atestare fiscală a fost prelungită de autoritatea contractantă la cererea contestatorului până la data de 06.08.2019, acesta din urmă nu s-a conformat nici de această dată, limitându-se la transmiterea unor ordine de plată cu numerele 0208, 0209, 0210, 0211 și 0212 din 02.08.2019 (pag. 464-469 din dosarul achiziției) din care rezultă achitarea către bugetul consolidat a sumei însumate de 79.826 lei.

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate, în speță certificatul de atestare fiscală emis de ANAF și nicidecum copii ale unor ordine de plată privind virarea unor sume de bani către bugetul de stat.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că Oferta cu-prinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Cerințele din instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „*fișa de date a achiziției*” cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare sunt obligatorii și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la cerințele de calificare și modul în care autoritatea contractantă a solicitat demonstrarea acestora, prin urmare și-a însușit obligația de a prezenta în cazul în care se clasează pe primul loc, certificatele de atestare fiscală pentru terțul susținător din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Cerințele de calificare prevăzute în cadrul documentației de atribuire și în anunțul de participare nu au fost contestate de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor,

documentația de atribuire (inclusiv fișa de date și anunțul de participare simplificat) este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritate care trebuie să o respecte întocmai în etapa de verificare a îndeplinirii cerințelor de calificare de către ofertanți.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- **art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016**: *„Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire* ***să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE****, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați";*

- **art. 66 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016**: *„(1) În situația în care în urma demersurilor realizate de autoritatea contractantă în baza art. 196 alin. (2) din Lege ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare" și „(2) În situația prevăzută la alin. (1), autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru ofertantului clasat pe locul următor, dacă acesta îndeplinește toate criteriile de calificare prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs".*

- ***art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016***: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă"*.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii certificatelor de atestare fiscală solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt documentele pe care operatorul economic participant trebuie să le prezinte.

Consiliul nu poate reține în acest caz incidența prevederilor art. 165 alin. (3) din Legea nr.98/2016, câtă vreme anterior luării deciziei privind excluderea din procedură, contestatorul nu a pus la dispoziția comisiei de

evaluare certificatul de atestare fiscală nr. 7030817 / 07.08.2019 invocat în cadrul contestației, **nici anterior și nici după luarea deciziei de excludere,** lipsa transmiterii certificatului de atestare fiscală către autoritatea contractantă fiind recunoscută Consiliului chiar de către contestator în cadrul adresei înregistrate la CNSC cu nr. 37295/23.09.2019, acesta din urmă apreciind evident în mod eronat că transmiterea certificatului în cauză nu se mai impunea.

Prin urmare, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a transmite contestatorului o nouă solicitare de transmitere a certificatului constatator de atestare fiscală eliberat de ANAF, având în vedere că, prin solicitarea repetată (pentru a treia oară) aceasta ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea SC ..... SRL, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia inacceptabilă datorită neîndeplinirii cerințelor de calificare și răspunsului neconcludent, în ofertă admisibilă, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

Astfel, conform unei jurisprudențe constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea

din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40,

și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13,

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37). Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură (a se vedea Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 42).

Situația este similară și în ceea ce privește neîndeplinirea de către terțul susținător a cerinței prevăzute în secțiunea III.1.3.b) – Capacitatea de exercitare a activității profesionale din Fișa de date, conform căreia *:*

„Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, că este legal constituit și că nu se află în nici una dintre situațiile de anulare a constituirii, că au capacitatea profesională de a presta serviciile care fac obiectul contractului. Capacitatea de exercitare a activității profesionale trebuie demonstrată de orice operator economic participant la

procedură, ***indiferent dacă este ofertant individual, membru al unei asocieri, subcontractant sau terț susținător****.*

Documentele ce vor fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de calificare (...), sunt: Persoanele juridice române: ***certificatul constatator eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului (ONRC)*** *din care să rezulte că obiectul de activitate al ofertantului include prestarea de servicii care fac obiectul achiziției, informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie conforme cu realitatea la data prezentării documentului. Fiecare asociat, subcontractant sau* ***terț susținător este obligat să prezinte*** *aceste documente, pentru partea din contract pe care o are de realizat".*

Consiliul reține că, și în acest caz, contestatorul nu s-a conformat cerinței exprese care a făcut obiectul documentației de atribuire și ulterior a solicitărilor de clarificări, deoarece terțul susținător nu a fost în măsură să prezinte certificatul constatator emis de ONRC din care să rezulte dreptul acestuia de a presta servicii care fac obiectul contractului ce urmează a se atribui, respectiv cod CAEN .....:*„.....*", aspectele de fapt și de drept reținute la primul motiv de respingere fiind pe deplin aplicabile.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți și de stabilire a ofertelor inacceptabile, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pe cale de consecință, Consiliul nu mai analizează restul criticilor din contestație câtă vreme din analiza motivelor care au determinat respingerea ofertei contestatorului, nu poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei acestuia.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Obligatorie.

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