CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 1766/13.07.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 28608/13.07.2017, S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de președinte, a contestat „Clarificarea din oficiu 1” și „Clarificarea din oficiu 2”, ambele incluse în „Clarificare nr. 3”, emise în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lărgire la 4 benzi a centurii rutiere a ...”, coduri CPV ...(Rev. 2), inițiată de autoritatea contractantă ..., cu sediul în municipiul ..., ... şi a solicitat obligarea autorității contractante la „retragerea «Clarificării din oficiu 1» și «Clarificarea din oficiu 2» din «Clarificarea nr. 3/29.06.2017», a răspunsului nr. 48611 din 07.07.2017” și „eliminarea oricăror cerințe și mențiuni în documentația de atribuire care au ca rezultat prezentarea elementelor/conținutului propunerii financiare în alt cadru decât cel stabilit de prevederile art. 60 alin. (3) din HG nr. 395/2016”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Contestatoarea susține că, solicitarea de către autoritatea contractantă, prin intermediul „Clarificării nr. 3”, publicată în SEAP la data de 29.06.2017, în cadrul căreia sunt incluse „Clarificare din oficiu 1” și „Clarificare din oficiu 2”, potrivit căreia ofertanții trebuie să prezinte în DUAE valoarea serviciilor prestate de subcontractori, încalcă prevederile art. 60 din HG nr. 395/2016, conform cărora conținutul documentelor de

fundamentare a valorii (propunerii financiare) este vizibil comisiei după decriptarea propunerii financiare.

În drept, contestatoarea invocă art. 60 și art. 147 alin. (1) lit. e) din HG nr. 395/2016, art. 195 și art. 219 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și formatul standard al DUAE prezentat în anexa nr. 2 la Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei europene din 05.01.2016.

De asemenea, contestatoarea susține că art. 218 din Legea nr. 98/2016, la care face referire autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă, reglementează o altă situație decât cea dedusă judecății, invocarea acestuia fiind fără sens, neputând fi luată în considerare în soluționarea criticii.

Concluzionând, contestatoarea consideră că: solicitarea criticată este în dezacord total cu prevederile legale, autoritatea contractantă solicitând informații de bază ale propunerii financiare (valoarea contractelor cu subcontractorii) în afara cadrului strict reglementat al propunerii financiare; în această fază de completare a DUAE, în ceea ce privește subcontractarea operatorii economici indică doar partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze, exprimată în procente; valoarea fiecărei părți subcontractante reprezintă o veritabilă informație din cuprinsul propunerii financiare care însă nu este vizibilă decât după decriptare, în vreme ce informațiile cuprinse în DUAE sunt vizibile încă de la momentul încărcării documentului de către operatori.

În dovedirea contestației sale, S.C. ...S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 28919/... .../17.07.2017, transmisă prin fax și recepționată în aceeași zi de autoritatea contractantă, Consiliul a solicitat acesteia documentele necesare soluționării contestației, respectiv documentele întocmite ulterior Deciziei nr. 1605/.../1899/29.06.2017.

Autoritatea contractantă a înaintat Consiliului, prin adresa nr. 42433/12.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 29529/19.07.2017, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, documentele necesare soluționării cauzei (conform unui OPIS anexat).

Prin adresa nr. 57016/31.07.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 31624/01.08.2017, autoritatea contractată a transmis un punct de vedere în cadrul căruia solicită respingerea contestației ca tardivă, nefondată și netemeinică.

Astfel, autoritatea contractantă susține că prin „Clarificarea nr. 3”, criticată în prezenta speță, a corelat informațiile din fișa de date, Secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și sau profesională”, cerința „Ofertantul va preciza partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze” cu cele indicate în cadrul modalității de îndeplinirea a acestei cerințe, unde s-a menționat „ (...) cu indicarea explicită a valorii la care se ridică partea/părțile subcontractate pentru fiecare subcontractant declarat”, astfel că, data la care a luat cunoștință contestatoarea despre această solicitare, este data publicării anunțului de participare, respectiv 17.05.2017, iar notificarea prealabilă putea fi depusă până la data de 29.05.2017. Autoritatea contractantă consideră

că prin „Clarificarea nr. 3” nu a modificat informațiile existente la momentul publicării anunțului de participare.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă invocă art. 150 alin. (2) din HG nr. 395/2016, precum și Notificarea nr. 256/2016 emisă de ANAP rectificată prin Notificarea nr. 258/2017, emisă de aceeași instituție, care stabilește obligația prezentării acordurilor de subcontractare odată cu DUAE și oferta.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă și prevederile art. 218 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, concluzionând, din coroborarea tuturor normelor invocate, că are dreptul se a solicita indicarea în acordurile de subcontractare a valorii prestațiilor subcontractanților, astfel încât aceste informații incluse în ofertă să devină informații de referință pentru prezentarea contractelor de subcontractare înainte de semnarea contractelor. În aceste condiții, consideră autoritatea contractantă, indicarea valorii prestațiilor în cadrul acordurilor de subcontractare și a DUAE, nu poate furniza niciun indiciu cu privire la valoarea propunerilor financiare ale ofertanților, întrucât lipsește baza de calcul a acestei valori, nefiind astfel incidente prevederile art. 60 din HG nr. 395/20166, cum susține contestatoarea.

În referire la criticile contestatoarei privind formatul standard al DUAE, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 20 alin. (6) și (4) din HG nr. 395/2016, referitoare la necesitatea corelării informațiilor din fișa de date a achiziției cu cele din DUAE.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lărgire la 4 benzi a centurii rutiere a ...”, coduri CPV ...(Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 175455/17.05.2017, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 04.07.2017 ora 16:00, decalat ulterior, prin anunțul de tip nr. 109114/27.07.2017 la prezentul anunț de participare, pentru 17.08.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată de 395.968.728,22 RON fără TVA.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul, prin Decizia nr. 1605/.../1899 din 29.06.2017, a soluționat contestația formulată de S.C. ...S.R.L., în sensul că a respins contestația ca nefondată.

Atașat contestației, autoarea acesteia a depus atât dovada îndeplinirii obligațiilor prevăzute de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv dovada transmiterii către autoritatea contractantă a notificării prealabile nr. 1637/29.06.017, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 48611/07.07.2017 și la contestatoare sub nr. 3280/07.07.2017, prin care autoritatea contractantă precizează că nu va adopta măsuri de remediere.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Astfel, din conținutul contestației formulată de SC ...SRL rezultă că aceasta vizează conținutul Clarificării nr. 3, publicată în SEAP la data de 29.06.2017, sub denumirea „Clarificarea nr. 3 Lot 1 și Lot 2", respectiv „Clarificarea din oficiu 1" și „Clarificarea din oficiu 2" din cadrul acestui document. În aceste condiții, Consiliul constată că actul atacat nu este documentația de atribuire, așa cum susține autoritatea contractantă ci „Clarificarea nr. 3 ", publicată în SEAP la data de 29.06.2017, astfel că termenul prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, s-a împlinit la data de 10.07.2017 (în condițiile în care 09.07.2017 a fost zi nelucrătoare, duminică), astfel că, notificarea prealabilă transmisă autorității contractante la data de 29.06.2017 (și nu 29.05.2017 cum eronat susține autoritatea contractantă) s-a făcut în termen legal.

În aceste condiții, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Analizând contestația, pe fond, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, așa cum rezultă din motivele prezentate în continuare.

Verificând conținutul documentației de atribuire, Consiliul constată că, la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a precizat că *„Ofertantul va preciza partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze*", la modalitatea de îndeplinire a cerinței precizând următoarele: *„În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, (...) are obligația de a completa DUAE, partea II «Informații referitoare la operatorul economic», secțiunea D «Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează», și partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională», cu indicarea explicită a valorii la care se ridică partea/părțile subcontractate pentru fiecare subcontractant declarat*".

De asemenea, la cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 5. - Informații privind subcontractanții, autoritatea contractantă a prevăzut, printre altele: *„În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, pentru fiecare lot în parte, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II «Informații referitoare la operatorul economic», secțiunea D «Informații privind subcontractanții pe ale căror capacitați operatorul economic nu se bazează», și partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională», cu indicarea explicită a procentului de subcontractare aferent fiecărui subcontractant declarat*".

Corespunzător acestei cerințe din fișa de date a achiziției, în cadrul DUAE-ului pus la dispoziția potențialilor ofertanți, partea a IV - a intitulată „Criterii de selecție", secțiunea C – „Capacitatea tehnică și profesională", pct. 4), se solicită furnizarea de informații referitoare la

următorul aspect: „Operatorul economic intenționează să subcontracteze eventual următoarea parte (adică procentaj) din contract:”

Prin clarificarea nr. 3, publicată în SEAP la data de 29.06.2017, sub denumirea „Clarificarea nr. 3 Lot 1 și Lot 2”, respectiv „Clarificarea din oficiu 1” și „Clarificarea din oficiu 2”, din conținutul acestui document, autoritatea contractantă a revizuit cele două cerințe anterior citate, după cum urmează:

*„**Clarificare din oficiu 1**: 2. În Fișa de date a achiziției - Secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei - Punctul nr. 5. INFORMAȚII PRIVIND SUBCONTRACTANȚII:*

Paragraful: «În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II <Informații referitoare la operatorul economic>, secțiunea D <Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează>, și partea IV <Criteriile de selecție> - Secțiunea C <Capacitatea tehnică și profesională>, cu indicarea explicită a procentului de subcontractare aferent fiecărui subcontractant declarat».

Se revizuiește și va avea următorul conținut:

«În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II <Informații referitoare la operatorul economic>, secțiunea D <Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează>, și partea IV <Criteriile de selecție> - Secțiunea C <Capacitatea tehnică și profesională>, cu indicarea explicită a valorii la care se ridică partea/părțile subcontractate pentru fiecare subcontractant declarat».

***Clarificare din oficiu 2:** În cadrul DUAE, Partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională» indicarea explicită a procentului de subcontractare aferentă fiecărui subcontractant declarat se revizuiește cu indicarea explicită a valorii la care se ridică partea/părțile subcontractare pentru fiecare subcontractant declarat. A se vedea DUAE revizuit atașat prezentei Clarificări”.*

În analizarea acestei critici, Consiliul apreciază relevante următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 55 alin. (1), conform căruia *„(1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori solicitarea de participare partea/părţile din contract pe care urmează să le subcontracteze şi datele de identificare ale subcontractanţilor propuşi”*;

- art. 174 alin. (1) și (2), potrivit căruia *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informaţii şi documente relevante referitoare la capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi, cu privire la partea/părţile din contract pe care aceştia urmează să o/le îndeplinească*

efectiv. (2) În cazul în care din informaţiile şi documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus şi solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia şi prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv";

- art. 179 lit. k), conform căruia *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente: k) precizarea părţii/părţilor din contract pe care operatorul economic intenţionează să o/le subcontracteze;*

-art. 193 alin. (3), care dispune că *„În cazul în care operatorul economic intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţiile solicitate cu privire la subcontractanţi".*

De asemenea, Consiliul apreciază relevante, în speță, și recomandările emise de ANAP, în cadrul Notificării nr. 258/2017, potrivit cărora, în legătură cu pct. III.2.1.a), precizează următoarele:

„Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz.

Nedepunerea acestora odată cu DUAE, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/ candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire".

Analizând criticile contestatoarei privind modificările efectuate de autoritatea contractantă prin clarificările criticate, prin raportare la prevederile legale citate anterior, Consiliul constată că acestea sunt neîntemeiate, în condițiile în care, în fapt, prin intermediul clarificărilor criticate autoritatea contractantă a corelat informațiile menționate în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională (unde s-a solicitat concret „*indicarea explicită a valorii părții/părților din contract pe care ofertantul intenționează să o/le subcontracteze"*), cu cele de la cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 5. Informații privind subcontractanții (unde s-a făcut referire la faptul că ofertantul are *„obligația de a completa DUAE (...) cu indicarea explicită a procentului de subcontractare aferent fiecărui subcontractant declarat"*) și cu conținutul formularului DUAE. Consiliul

apreciază că, în speță, sunt incidente prevederile art. 20 alin. (6) și (7) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora „(*6) Autoritatea contractantă trebuie să asigure corelaţia dintre informaţiile solicitate prin fişa de date a achiziţiei şi cele marcate în DUAE în vederea completării de către operatorii economici interesaţi, menţionând totodată în fişa de date a achiziţiei modul în care se poate accesa DUAE în vederea completării de către operatorii economici interesaţi. (7) În cazul în care există discrepanţe între informaţiile prevăzute în DUAE şi cele prevăzute în fişa de date, prevalează informaţiile din fişa de date, DUAE urmând a fi revizuit corespunzător”.*

În consecință, Consiliul constată că documentul intitulat „Clarificare nr. 3”, în cadrul căruia se regăsesc cele două clarificări criticate (respectiv „Clarificare din oficiu 1” și „Clarificarea din oficiu 2”), publicată în SEAP la data de 29.06.2017, prin conținutul lui, nu constituie o informație de natură să repună contestatoarea în termenul de a contesta prevederile documentației de atribuire, publicată în SEAP odată cu anunțul de participare, motiv pentru care această critică a contestatoarei va fi respinsă ca nefondată.

Dacă autoarea contestației considera nelegală documentația de atribuire, respectiv mențiunile din cadrul acesteia referitoare la indicarea explicită a valorii părții/părților din contract ce urmează să fie subcontractante, avea posibilitatea, ca în cadrul termenelor legale prevăzute de art. 6 alin. (1) lit. a) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, incidente în speță, să formuleze notificare prealabilă și, ulterior, contestație, împotriva documentației de atribuire.

În lipsa depunerii în cadrul termenului legal a unei asemenea notificări/contestații (prezenta contestație vizând o clarificare emisă de către autoritatea contractantă și nu documentația de atribuire), critica privind, conținutul „Clarificării nr. 3”, prin care autoritatea contractantă nu modifică documentația de atribuire ci doar se corelează cu diferite dispoziții ale acesteia, apare ca fiind nefondată.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol din actul normativ anterior indicat, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ...

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 8 pagini.