CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4021 8900745 www.cnsc.ro

Nr. 35921/2675 C1/ 28.08.2017

01 SEP. 2017
- 65481

Către,
COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA
București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, vă comunicăm alăturat Decizia nr. 2205/C1/2675/ 25.08.2017, pentru soluționarea contestației înregistrate la CNSC cu nr. 31434/31.07.2017.

PREȘEDINTE
Silviu-Cristian POPA

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. 2205/C1/2675
Data: 25.08.2017

Prin contestația nr. 1941/31.07.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31434/31.07.2017, depusă de , cu sediul în , înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. având CUI , reprezentată legal prin împotriva documentației de atribuire, emisă de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, cu sediul în București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă on-line, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 1 Sibiu - Boița, km. 0+000 - km. 14+150 - Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170"*, cod CPV 45233100-0, 45221111-3, 71322500-6, s-a solicitat: adoptarea de măsuri de remediere din care să rezulte o documentație de atribuire întocmită cu respectarea prevederilor legale.

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

a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, emisă de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în cadrul procedurii de licitație deschisă on-line, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 1 Sibiu - Boița, km. 0+000 - km. 14+150 - Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170"*, cod CPV 45233100-0, 45221111-3, 71322500-6.

În fapt, contestatorul menționează că, în fișa de date, la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, autoritatea contractantă a precizat că *„Procedura de atribuire este inițiată*

sub incidenta următoarei clauze rezolutorii: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică". În opinia contestatorului, autoritatea contractantă încalcă notificarea ANAP nr. 256/2016, din cuprinsul căreia citează, precum și pe cele ale art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 și art. 143, 145 și 146 din HG nr. 395/2016 și afirmă că rezerva pe care și-o ia autoritatea contractantă de a putea anula procedura după desemnarea ofertantului câștigător, din motive în afara oricărui control și care, în fond, ar trebui să reprezinte esența principiului asumării răspunderii, încalcă prevederile legale enunțate mai sus, și aduce în derizoriu întreg procesul de achiziție publică și eforturile ofertanților.

Contestatorul precizează că, la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/ sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică - partea a II-a, s-a solicitat prezentarea *„documentelor indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament. Aceste documente vor fi încărcate în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii"*, autoritatea contractantă nerespectând prevederile art. 154, art. 182 alin. (5) și art. 193 din Legea nr. 98/2016. De altfel, autoritatea contractantă face referire la documentele indicate în cadrul *„Angajamentului ferm"*, în măsura în care, în cadrul acestui angajament în Formularul 3B, nu se face referire la vreun document. În acest sens, contestatorul face trimitere la textul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, nu se face referire la vreun document pe care terțul susținător (respectiv ofertantul) ar trebui să îl anexeze la angajamentul ferm privind experiența similară. Mai mult, conform fișei de date Capacitatea tehnică și/sau profesională, la Cerința nr. 1, partea II, se specifică faptul că *„documentele menționate la pct. c) vor fi prezentate de Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, la solicitarea autorității contractante, cu respectarea cerințelor privind semnarea electronică a documentelor"* (setul de documente care probează experiența similară care face obiectul susținerii acordate de terț).

Contestatorul afirmă că, în repetate rânduri, în fișa de date a achiziției, se precizează că ofertanții trebuie să prezinte acordurile de

subcontractare (dacă este cazul) cu indicarea valorii lucrărilor/serviciilor care urmează a fi subcontractate, aceeași valoare fiind obligatoriu inclusă și în DUAE prezentat de subcontractor (cu modificarea expresă a conținutului DUAE). Astfel, autoritatea contractantă, prin cele solicitate, încalcă prevederile art. 60 din HG nr. 395/2016 și ale art. 195 din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile fișei de date de la cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare: *„Ofertanții vor avea în vedere că necriptarea valorii totale a Propunerii Financiare În SEAP și încărcarea documentelor de fundamentare a valorii Propunerii financiare în altă secțiune decât cea exclusiv dedicată de SEAP pentru această operațiune atrage după sine neînregistrarea lor ca ofertanți în secțiunea „detalii procedură – Evaluare" și la imposibilitatea realizării evaluării ofertelor acestora"*. Ca urmare, contestatorul apreciază că acordurile/contractele încheiate între ofertant și subcontractori (de orice fel), cu indicarea valorii de subcontractare, constituie fără tăgadă documente de fundamentare a valorii propunerii financiare, iar autoritatea contractantă nu poate nici susține și nici justifica cerința prin necesitatea de a atașa la contractul de achiziție publică aceste documente întrucât, indiferent de formă și conținut, atașarea documentelor la contractul de achiziție se face numai de către ofertantul declarat câștigător conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că, urmare a anunțului de participare, publicat de către autoritatea contractantă, și a cerințelor specificate în fișa de date, a formulat notificare prealabilă, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând remedierea neconcordanțele semnalate, însă autoritatea contractantă nu a formulat niciun răspuns.

Prin adresele nr. 92/57432/03.08.2017 și nr. 92/59351/09.08.2017, înregistrate la CNSC sub nr. 32175/03.08.2017 și nr. 33252/09.08.2017, autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 92/59579/10.08.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 33547/11.08.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație solicitând Consiliului respingerea acesteia ca rămasă fără obiect cu privire la capetele de cerere nr. 1 și 2, și ca neîntemeiată și nefondată, cu privire la capătul de cerere nr. 3.

Referitor la introducerea unei clauze suspensive în contract privind fondurile din care este asigurată finanțarea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu cele menționate și în punctul de vedere emis față de notificarea prealabilă, în fișa de date, atât la secțiunea III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispoziții relevante, cât și la secțiunea VI.2) Contractul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/Program Operațional/ Program Național de Dezvoltare Rurală, este specificat faptul că sursa de finanțare pentru contract va fi asigurată prin POIM 2014-2020. Totodată, menționează că deja au fost inițiate demersurile privind obținerea finanțării europene nerambursabile, sub

supravegherea JASPERS, care a inclus acest proiect în Planul de Acțiune pentru 2017.

În același timp, autoritatea contractantă precizează că cele specificate în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv condiția referitoare la *„Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică"* trebuie citită și interpretată în strânsă corelare cu obligația sa de a verifica alocarea bugetară anterior semnării contractului în virtutea prevederilor art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare, și anume *„Nicio cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanțată și plătită dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare"*. Astfel, în situația în care la momentul semnării contractului nu vor exista prevederi bugetare, încheierea contractului va fi imposibilă și, pe cale de consecință, se poate face aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, dar numai după efectuarea tuturor demersurilor pentru obținerea finanțării. În condițiile în care, în urma demersurilor întreprinse, nu se concretizează obținerea fondurilor necesare, și/sau s-a scurs o perioadă îndelungată de la momentul desemnării ofertantului câștigător (inclusiv după finalizarea tuturor contestațiilor) fără a exista perspectiva obținerii fondurilor necesare, iar propunerea financiară a câștigătorului este alterată (prețurile neavând corespondent în realitate și nemaiputându-se susține îndeplinirea contractului în condițiile prevăzute de câștigător în propria sa ofertă), consecința fiind nerealizarea în bune condiții a contractului, atunci se rezervă dreptul de a anula procedura de achiziție publică.

Autoritatea contractantă menționează că respectă dispozițiile art. 143 alin. (1) și ale art. 145 din HG nr. 395/2016, respectiv va semna contractul cu ofertantul desemnat câștigător și nu va amâna încheierea acestuia, însă numai în cazul în care se poate respecta și condiția obligatorie referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice, în caz contrar devenind incidente prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele sus menționate, și pentru a elimina orice ambiguitate generată de utilizarea sintagmei *„clauza rezolutorie"*, autoritatea contractantă precizează că a adoptat măsuri de remediere cu privire la fișa de date a achiziției, publicate în SEAP în data de 08.08.2017.

Ca urmare, consideră că acest capăt de cerere din contestație a rămas fără obiect. Totodată, având în vedere că semnarea contractului nu este posibilă fără îndeplinirea condiției mai sus menționată pentru argumentele de mai sus, în opinia autorității contractante, solicitarea contestatorului de a transforma condiția în clauză suspensivă este neîntemeiată, motiv pentru care solicită respingerea acesteia.

Referitor la enunțarea documentelor pe care terțul trebuie să le transmită ofertantului din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/ terții susținător/ susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, autoritatea contractantă susține că astfel a prevăzut posibilitatea ofertanților de a beneficia de susținerea unui terț în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară și a cerințelor privind capacitatea tehnică, în condițiile prevăzute la art. 182 din Legea nr. 98/2016 și la art. 48 din HG nr. 395/2016. Prevederea invocată în contestație reprezintă o transpunere a dispozițiilor art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă arată că, prin Notificarea nr. 256/2016, astfel cum a fost aceasta rectificată prin Notificarea 258/2017, ANAP formulează următoarea atenționare: *„Se vor depune, odată cu DUAE, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz"*.

Față de cele menționate mai sus, autoritatea contractantă consideră că cerința nu excede prevederilor legale aplicabile, ci le respectă întocmai.

Autoritatea contractantă precizează că, pentru a asigura o informare corectă și completă cu privire la cerințele achiziției și ținând cont de recomandările formulate de ANAP cu privire la documentele ce pot fi solicitate în temeiul art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, a adoptat anumite măsuri de remediere, pe care le-a publicat în SEAP în data de 08.08.2017.

Având în vedere măsurile de remediere adoptate, autoritatea contractantă consideră că acest capăt de cerere din contestație rămâne fără obiect, motiv pentru care solicită respingerea acestuia.

În ceea ce privește capătul de cerere referitor la eliminarea cerinței de prezentare a valorii contractelor de subcontractare la faza de ofertă, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 179 lit. k) din Legea nr. 98/2016, a solicitat prin fișa de date a achiziției ca ofertanții să precizeze partea/părțile din contract pe care aceștia intenționează să o/le subcontracteze. În acest sens, ofertanții urmează să completeze secțiunea corespunzătoare din DUAE cu informațiile solicitate în conformitate cu prevederile art. 150 alin (2) din HG nr. 395/2016. Sunt respectate notificările ANAP nr. 256/2016 și 258/2017, și prevederile art. 218 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016. Astfel, informațiile care sunt incluse în contractul de subcontractare prezentat anterior semnării

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

În opinia autorității contractante, coroborând aceste informații cu cele privind obligația prezentării acordurilor de subcontractare împreuna cu DUAE, rezultă dreptul său de a solicita indicarea în acordurile de subcontractare a valorii prestațiilor subcontractanților declarați în ofertă, astfel încât aceste informații incluse în ofertă să devină informațiile de referință pentru prezentarea contractelor de subcontractare înainte de semnarea contractelor. Indicarea valorii prestațiilor în cuprinsul acordurilor de subcontractare, dar și în DUAE, în mod corelat cu cerințele fișei de date a achiziției, așa cum prevede art. 20 alin. (5)-(7) din HG nr. 395/2016, nu poate furniza niciun indiciu cu privire la valoarea propunerilor financiare ale ofertanților, întrucât lipsește baza de calcul a acestei valori. Acordurile de subcontractare nu intră în categoria documentelor de fundamentare a propunerii financiare, obligatia ofertanților, astfel cum reglementează și ANAP prin Notificările nr. 256/2016 și 258/2017, fiind aceea de a prezenta acordurile de subcontractare odată cu DUAE și cu oferta.

Având în vedere aspectele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că nu se impune adoptarea niciunei măsuri de remediere cu privire la aspectele sesizate în contestație în ceea ce privește eliminarea cerinței de prezentare, la faza de ofertare, a valorii contractelor de subcontractare. Pe cale de consecință, solicită respingerea ca neîntemeiat și nefondat a acestui capăt de cerere.

Prin adresa nr. 2100/16.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 33788/16.08.2017, contestatorul a transmis concluzii scrise, în care și-a exprimat poziția vizavi de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, considerând că respectivele măsuri sunt în contradicție cu legislația în vigoare în domeniul achizițiilor publice.

Raportat la prima măsură de remediere, contestatorul menționează că aceasta nu schimbă cu absolut nimic consecințele asupra participării operatorilor economici la procedura de achiziție. Mai exact, autoritatea contractantă nu este și nu poate fi considerată responsabilă pentru lipsa fondurilor, dar trebuie să își asume responsabilitatea organizării procedurii de achiziție în lipsa fondurilor, cu implicații financiare majore asupra operatorilor economici.

Având în vedere măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă în ceea ce privește precizarea acesteia cuprinsă în fișa de date, la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința 1 cap. teh. - partea a II-a, contestatorul atrage atenția că trebuie să se facă o distincție clară între resurse transferabile și netransferabile și ar trebui fie să se elimine cerința prevăzută în cazul susținerii cu experiența similară (pentru că aceste documente nu există), fie să nominalizeze în mod clar documentele solicitate, în conformitate cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Raportat la a treia măsură de remediere, contestatorul consideră că precizarea în acordurile de subcontractare, la faza de ofertare, a procentului de subcontractare este suficientă, nu încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice, nu reprezintă niciun impediment și nu împiedică autoritatea contractantă să cunoască valoarea subcontractării așa cum susține că are nevoie pentru contractul de achiziție publică. Autoritatea contractantă va aplica procentul la valoare ofertei numai după decriptare și astfel va afla și valoarea acordului de subcontractare.

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

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă on-line, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 1 Sibiu - Boița, km. 0+000 - km. 14+150 - Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170"*, cod CPV 45233100-0, 45221111-3, 71322500-6, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 176985/11.07.2017, conform căruia, valoarea estimată a achiziției este de 765.838.999,48 lei. Potrivit cap. IV.2.1) din anunțul de participare, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț"*.

Analizând criticile, formulate de , Consiliul constată că aceasta vizează cerințele din documentația de atribuire prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, art. 10 „Semnarea contractului"; cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a; cerința privind indicarea în acordurile de subcontractare a valorii serviciilor/lucrărilor subcontractate.

Referitor la cerința inclusă la cap. IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, art. 10 *„Semnarea contractului"*, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut: *„Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarei clauze rezolutorii: CLAUZA REZOLUTORIE: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică"*.

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

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

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

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

Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:

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

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

4) În secțiunea VI.3) Alte informații, pct. 6 se modifică și va avea următorul conținut:

„Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:

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

Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut, la cap. III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plata și/sau trimitere la dispozițiile relevante: *„Proiecte cu finanțare din fonduri nerambursabile 2014-2020 POIM în co-finanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie din secțiunea IV.4.3) cap. 10. Semnarea contractului"*, iar la cap. VI.2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/ Program finanțat din fonduri comunitare/program operațional/program național de dezvoltare rurală: *„Da"*.

De asemenea, s-a prevăzut, la cap. IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, pct. 10. SEMNAREA CONTRACTULUI că *„Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă va verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenta legislației privind finanțele publice"*.

În soluționarea prezentei cauze, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002: *„Nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanțată și plătită dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare"*;
- art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului"*;
- art. 143 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare"*;
- art. 145 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii"*;
- art. 146 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„(1) În situația în care autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire, în condițiile art. 212 sau 213 din Lege,*

aceasta are obligația de a comunica în scris tuturor participanților la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, motivul care a determinat decizia de anulare, precum și încetarea obligațiilor asumate de ofertanți prin depunerea ofertelor sau a solicitărilor de participare. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege".

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

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

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a precizat că deja au fost inițiate demersurile pentru obținerea finanțării europene nerambursabile, cu susținerea Organismului Intermediar Transport și JASPERS, care a inclus acest proiect în Planul de Acțiune JASPERS 2017.

Condiția introdusă de autoritatea contractantă informează operatorii economici asupra faptului că, pentru a se putea semna contractul, este necesară obținerea finanțării, în caz contrar, procedura urmând a fi anulată, informare care respectă prevederile legale citate anterior.

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

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

Ori, în cazul analizat, autoritatea contractantă nu condiționează încheierea contractului de semnarea contractului de finanțare, ci de

necesitatea respectării dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. Mai mult, autoritatea contractantă a susținut că a întreprins demersuri pentru obținerea finanțării. De altfel, cum s-a arătat, fondurile sunt asigurate prin POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat

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

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

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatorului referitor la condiția din fișa de date a achiziției mai sus analizată.

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

b) documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament. Aceste documente vor fi încărcate în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii".

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

„2) În secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției, pentru cerințele 1 și 2 privind experiența similară, primul paragraf al lit. b) din Nota 4, respectiv «b) documentele indicate în cadrul Angajamentului ferm din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător asigură îndeplinirea obligațiilor asumate prin angajament» se modifică și va avea următorul conținut: «documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm»

Celelalte prevederi ale lit. b) rămân neschimbate.

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

Celelalte prevederi ale lit. b) rămân neschimbate.

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

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

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

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

se revizuiesc si vor avea următorul conținut:

Formularul nr. 3A „Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică si financiară" completat și semnat conform modelului prezentat în Secțiunea „Formulare" a Documentației de Atribuire, dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui terț pentru îndeplinirea cerinței privind

capacitatea economică și financiară, precum și documente transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători, din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm.

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

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

De asemenea, a se vedea anunțul de tip erată pentru modificarea secțiunilor corespunzătoare din anunțul de participare, în mod corelat cu modificările precizate la pct. 1)-4) de mai sus.

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

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

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

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

„În sensul art. 182 alin (4) din Legea nr. 98/2016, documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care

rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere vor fi prezentate împreună cu Angajamentul ferm, cu oferta și cu DUAE, și se vor constitui în anexe la angajamentul ferm.

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

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

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

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

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

- art. 154: *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire"*;
- art. 182 alin. (5): *„În cazul în care susținerea terțului/terților vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului"*;
- art. 193 alin. (1): *„Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

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

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi".

În sensul dispozițiilor legale anterioare a fost emisă și notificarea ANAP nr. 256/2016, rectificată prin erata nr. 258/2016, în care se prevede, între altele:

- *„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";*
- *„Capacitatea economică și financiară a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 184 din Legea nr. 98/2016.*

Modalitate de îndeplinire: DUAE completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, la care se atașează DUAE și angajamentul ferm al terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători din trebuie să rezulte modul efectiv în care terțul/terții susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va/vor interveni concret pentru a duce la îndeplinire respectivele obligații pentru care a acordat susținerea, fie prin indicarea resurselor financiare pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Conform prevederilor art. 184 din Legea nr. 98/2016, prin angajamentul ferm, terțul/terții se va/vor angaja că va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziție publică. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament";
- *„Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016.*

Modalitate de îndeplinire: DUAE completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, la care se atașează DUAE și angajamentul ferm ale terțului susținător/angajamentele ferme ale terților susținători din trebuie să rezulte modul efectiv în care terțul/terții susținători vor asigura îndeplinirea angajamentului.

Terțul/terții susținători vor completa DUAE cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin indicarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru)".

Consiliul va reține că, potrivit art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, 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.

Câtă vreme, pentru terții susținători, trebuie prezentat angajamentul de susținere, iar acesta trebuie însoțit de documente conform art. 182 alin. (4) din lege, solicitarea autorității contractante nu poate fi considerată nelegală.

Referitor la documentele care trebuie prezentate, Consiliul apreciază că măsurile de remediere luate în urma primirii contestației sunt lămuritoare. Astfel, în privința formularelor 3A și 3B care privesc susținerea situației economice și financiare și a capacității tehnice – experiența similară, s-a precizat că documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice și/sau financiare pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm.

Contrar susținerilor contestatorului, faptul că va fi acordată susținerea din partea terțului în privința resurselor netransferabile, cum este cazul experienței similare, nu înseamnă că nu este necesară depunerea de documente anexă la angajamentul de susținere.

Dispozițiile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 nu fac vreo distincție după cum susținerea privește resurse transferabile sau netransferabile, iar art. 182 alin. (5) din lege precizează necesitatea ca, în cazul în care susținerea terțului/terților vizează resurse netransferabile, angajamentul să asigure autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului. Condiția de la art. 182 alin. (5) din actul normativ indicat privește conținutul angajamentului ferm, și nu documentele anexă acestuia.

CJUE în cauza C-324/14 a decis că *„articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea*

procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii 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".

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului în privind cerința de a fi prezentate documente atașat angajamentelor de susținere.

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

În fișa de date a achiziției s-a prevăzut că, pentru fiecare lot în parte, *„ofertanții vor încărca în SEAP, împreună cu DUAE și cu oferta, acordul/acordurile de subcontractare încheiate între ofertant și subcontractantul/subcontractanții nominalizat/nominalizați în ofertă, astfel încât activitățile ce revin acestuia/acestora, precum și sumele aferente prestațiilor, să poată fi cuprinse în contractul de subcontractare ce va fi prezentat la încheierea contractului de achiziție publică. Acordul/acordurile de subcontractare va/vor fi semnat/e cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii. Acestea trebuie să conțină cel puțin următoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentanții legali ai subcontractantului; activitățile ce urmează a fi subcontractate; valoarea la care se ridică partea/părțile subcontractate; opțiunea privind realizarea plăților direct către subcontractant*".

În soluționarea criticilor, Consiliul va reține incidența următoarelor dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- art. 193: *„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți*

care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

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

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

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională invocând susținerea unui terț, DUAE include informațiile menționate la alin. (1) cu privire la terțul susținător.

(3) În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți".

- art. 3 lit. s): *„DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție";*

- art. 3 lit. yy): *„subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop".*

- art. 55: *„(1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/ candidatului să precizeze în ofertă ori solicitarea de participare partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.*

(2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1)";

- art. 179 lit. k): *„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: (...) k) precizarea părții/părților din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze";*

- art. 216 alin. (2) lit. e): *„Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații: ... e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părțile din contractul de achiziție publică/acordul-cadru pe care*

ofertantul declarat câștigător intenționează să o/le subcontracteze unor terți și denumirea subcontractanților".

Totodată, Consiliul va reține că, potrivit art. 147 alin. (1) lit. e) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Contractul de achiziție publică/acordul-cadru are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă: ... e) contractele cu subcontractanții, în măsura în care în contractul de achiziție publică/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către subcontractanți*".

Așadar, DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere că sunt îndeplinite criteriile de calificare și selecție, iar pentru subcontractanți legiuitorul a prevăzut atât informațiile care pot fi solicitate, cât și momentul la care anumite informații trebuie cunoscute.

Or, după cum se constată, la momentul analizării DUAE de către autoritatea contractantă, informațiile referitoare la valoarea părții din contract executată/prestată de subcontractanți nu sunt necesar a fi cunoscute.

Astfel de elemente sunt părți ale propunerii financiare, autoritatea contractantă având dreptul de a solicita eventual informații privind partea din contract care va fi executată/prestată de subcontractantul nominalizat, dar nu și valoarea acestei ponderi.

De altfel, la art. 65 din normele metodologice, legiuitorul a stabilit etapele pe care trebuie să le parcurgă comisia de evaluare pentru evaluarea ofertelor, iar analiza DUAE nu se intersectează cu cea de analiză a propunerilor tehnice ori cu cea de analiză a propunerilor financiare, la finalul fiecăreia dintre etape autoritatea contractantă comunicând fiecărui ofertant care a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalți ofertanți faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege.

Prin urmare, solicitarea de a fi indicată în acordul de subcontractare valoarea părții subcontractate contravine dispozițiilor legale mai sus citate.

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

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

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

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația depusă de în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, respectiv criticile cu privire la prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/părților subcontractate și va obliga autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința privind prezentarea în cadrul acordurilor de subcontractare a valorii părții/părților subcontractate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

În temeiul dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate celelalte critici.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, respectiv criticile cu privire la prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/părților subcontractate și obligă autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința privind prezentarea în cadrul acordurilor de subcontractare a valorii părții/părților subcontractate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge ca nefondate celelalte critici.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare PREȘEDINTE Consilier de soluționare

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini.