Către: **CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,** cu sediul in Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, 030084, România; Tel: 021/310.46.41, Fax: 021/310.46.42

Spre ştiinţă: **COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.,** cu sediul in
B-dul Dinicu Golescu, nr. 38, Sector 1, Bucuresti, cod postal 010873

Denumire Proiect: ***"Elaborare Studiu de Fezabilitate si Proiect Tehnic pentru drum de mare viteza Ploiesti-Buzau"***

Subiect: **Contestatie**

DOMNULE PRESEDINTE

Subscrisa, , cu sediul în , Str. , nr. , Ap. , Sectorul , inregistrata la Oficiul Registrului Comertului sub nr. , cod unic de înregistrare , telefon fax , e-mail , reprezentată legal prin , în calitate de persoană care se consideră vătămată de către autoritatea contractantă **COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.,** cu sediul in B-dul Dinicu Golescu, nr. 38, Sector 1, Bucuresti, cod postal 010873;

în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor,* formulam prezenta

CONTESTAŢIE

I. Circumstanţele cauzei

1. La data de 24.11.2016, autoritatea contractantă, C.N.A.I.R., a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 171707, în vederea atribuirii contractului avand ca obiect ***"Elaborare Studiu de Fezabilitate si Proiect Tehnic pentru drum de mare viteza Ploiesti-Buzau"***, valoarea estimata a acestuia fiind intre 23,032,579.36 si 27,220,411.97 RON, fara TVA.

2. Prin adresa cu numarul 1210/7286/06.10.2017, avand ca obiect "Informare finalizare etapa de evaluare DUAE", in ceea ce priveste Procedura de atribuire a contractului avand ca obiect "*Elaborare Studiu de Fezabilitate si Proiect Tehnic pentru drum de mare viteza Ploiesti-Buzau*", postata in platforma

SEAP la data de 06.10.2017, continand comunicarea Comisiei de evaluare, autoritatea contractanta a comunicat subscrisei urmatoarele:

"In conformitate cu prevederile H.G. nr. 395/2016, Comisia de evaluare a stabilit ca oferta depusa de a fost declarata inacceptabila in temeiul art. 134, alin (5) din HG nr. 395/2016 si, pe cale de consecinta, a fost respinsa in temeiul art. 137, alin (1) din HG nr. 395/2016 ("Comisia de evaluare are obligatia de a respinge ofetele inacceptabile si neconforme").

Motivarea deciziei Comisiei de evaluare a fost urmatoarea: *"Operatorul economic (n.r.) nu a raspuns concludent la solicitarile de clarificare, intrucat, desi a declarat ca fiind tert sutinator, nu a transmis angajamentul ferm din partea acestuia si nici nu a clarificat in ce consta sustinerea acordata".*

3. Urmare a adresei cu numarul 1210/7286/06.10.2017, avand ca obiect "Informare finalizare etapa de evaluare DUAE", societatea . a formulat Notificarea nr. , in conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitand autoritatii contractante anularea adresei nr.12B/7286/06.10.2017, privind respingerea ca inacceptabila a ofertei Consitrans si reluarea procedurii prin declararea ofertei ca fiind acceptabila, fiind indeplinite cerintele prevazute de H.G. nr. 395/2016. La Notificarea subscrisei cu nr. autoritatea contractanta nu a formulat niciun raspuns.

Astfel, prin prezenta contestatie, solicitam Consiliului **sa oblige Autoritatea Contractanta la:**

- ***anularea adresei nr. 12B/7286/06.10.2017 privind respingerea ca inacceptabila a ofertei si reluarea procedurii prin declararea ofertei ca fiind acceptabila, fiind indeplinite cerintele prevazute de H.G. nr. 395/2016.***

Pentru aceasta, va rugam sa aveti in vedere urmatoarele

MOTIVE

Fata de cele expuse de mai sus, invederam Consiliului de Solutionare a Contestatiilor urmatoarele:

In drept:

Decizia (actul) Comisiei de evaluare incalca:

1. Prevedreile art. 172 alin.(4) din Legea nr. 98/2016, si anume:

"Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

2. Punctele de vedere ANAP cu privire la situatia in care subcontractantul indeplineste o cerinta de calificare, si anume:

a/ "Cu privire la depunerea DUAE de catre ofertant, sustinator, subcontractant, precizam ca acest document trebuie depus individual, de fiecare dintre entitatile in cauza, cu exceptia cazului in care subcontractantul ofera sustinere pentru indeplinirea cerintelor privind capacitatea tehnica si/sau profesionala, situatie in care este suficienta depunerea doar a unui singur DUAE in calitate de subcontractant, ale carui capacitati vor fi luate in considerare de autoritatea contractanta, in conditiile art. 172 alin (4) din Legea nr. 98/2016".

b/ "avand in vedere speta in cauza (experienta similara) precizam ca se poate lua in considerare si experienta similara a subcontractantului, caz in care acesta devine si tert sustinator, neavand insa obligatia de a depune si angajamentul de sustinere."

In fapt:

Fata de motivarea Comisiei de evaluare, in luare Deciziei care face obiectul prezentei contestatii, precizam faptul ca:

1. **Invocarea Notificarii ANAP nr. 258/2017 este eronata si irelevanta:**

a/ Notificare ANAP nr. 258/2017 este o erata la Notificarea ANAP nr. 256 din decembrie 2016, cu privire la continutul fisei de date

- erata se refera, in mod clar, la **eliminarea masurii de respingere a ofertelor pe motivul neprezentarii unor documente si la inlocuirea acestei masuri cu solicitarea de clarificari;**
- enumerarea documentelor care trebuie depuse odata cu oferta se refera, cum este si firesc, la situatii uzuale, des intalnite, fara a trata exceptii sau situatii speciale;
- actele invocate nu au legatura cu situatia speciala, care face obiectul contestatiei.

Fata de cele expuse de mai sus, punem in vedere Consiliului National de Sotutionare a Contestatiei urmatoarele prevederi:

Notificarea nr. 256/2016:

"Atenționări speciale:
Nedepunerea DUAE odată cu oferta (inclusiv pentru asociat/terț susținător) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.
Nedepunerea odată cu oferta, a DUAE, a angajamentului ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, sau după caz, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.

Notificare nr. 258/2017:

"Notificarea numărul 258 reprezentând Erata la Notificarea ANAP nr. 256/2016 – FIȘA DE DATE – secțiunea III.2.1.a).
Formularea atenționării nr. 2 se va citi:
„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."

b/ biblioteca de spete contine puncte de vedere ale ANAP, completate si actualizate **ULTERIOR** Notificarilor nr. 256/2016 si 258/2017 si este rezultatul firesc al problemelor care se ridica odata cu punerea in aplicare a unor reglementari noi, in ceea ce priveste achizitiilor publice, acoperind, pe masura ce au aparut, **situatii speciale si/sau diferite spete cu caracter de particularitate.**
c/ ca atare, se va lua in considerare, in ordine cronologica, ultima reglementare asupra unei cauze/situatii;
d/ nu poate fi, in niciun caz, acceptata ideea ca punctele de vedere ANAP, institutie investita cu autoritate de reglementare si monitorizare a achizitiilor publice, nu au aplicabilitate in procedurile de achizitie.

2. **Afirmatia privind diferenta spetelor este neintemeiata**

In fapt, **speta** tratata in punctul de vedere ANAP reprezinta "**situatia particulara in care un subcontractant indeplineste o cerinta de calificare" (indiferent care)** si, mai mult:

a/ atat experienta similara, cat si dotarea cu utilaje/echipamente sunt parti ale aceleiasi notiuni si anume "**capacitatea tehnica"** subiect/cerinta a aceleiasi sectiuni din fisa de date.

b/ in ambele cazuri angajamentele de sutinere includ si se bazeaza pe **acelasi principiu** (formula) conform careia **tertul sustinator va interveni in contract in cazul in care ofertantul intampina dificultati.**

c/ avand in vedere cele mentionate, reiese, fara echivoc, faptul ca **este vorba de aceeasi speta.**

In motivarea punctului sau de vedere, ANAP face referire la prevederile art. 172 alin.(4) din Legea nr. 98/2016, conform carora autoritatea contractanta (este obligata sa) **ia in considerare capacitatile subcontractantilor.**

In punctul de vedere, exprimat in mod clar, ANAP nu face vreo referire la conditionarea aplicarii prevederilor art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 de prezentarea de catre subontractanti a unui angajamnet de sustinere, intrucat, in mod firesc, un acord de subcontractare nu numai ca poate fi asimilat unui "agajament", dar, mai mult, se refera nu la o sustinere nedefinita in timp si mod, ci la o participare directa si responsabila in cadrul contractului. **In caz de necesitate, prezentarea in aceasta situatie si a unui angajament de sustinere de catre subcontractant ar fi fost in mod expres mentionata de art 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.**

3. Cazul in care un subcontractant indeplineste o cerinta de calificare este cu siguranta o situatie speciala, acceptata de prevederile legale, dar care nu a fost reglementata, cu claritate, in actele normative anterioare (inclusiv Notificarile ANAP nr. 256, respectiv nr. 258) si asupra careia ANAP a emis, ULTERIOR, puncte de vedere din care reiese, in mod clar, faptul ca:

- ***subcontractantul poate indeplini o cerinta de calificare, caz in care devine si tert sutinator, fara a mai fi nevoie sa depuna, in calitate de tert, nici DUAE, nici angajament de sustinere, iar autoritatile contractante vor lua in considerare capacitatile subcontractantilor in baza art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.***

Prin urmare, calitatea de tert sustinator pe care o dobandeste un subcontractant care indeplineste o cerinta de calificare este **pur teoretica** si, ca atare, nu mai este necesar vreun document completat in calitate de tert sustinator, intrucat toate documentele prezentate in calitate de subcontractant acopera:

- informatiile si datele de identificare necesare;
- raspunsul la cerintele de eligibilitate;
- demonstrarea capacitatii tehnice si a indeplinirii cerintelor de calificare in cauza;
- **asigurarea de care autoritatea contractanta are nevoie (conf. art. 82 alin (3) din Legea nr. 98/2016) pentru indeplinirea cerintelor, prin prezentarea acordului de subcontractare.**

4. Afirmatia Comisiei de evaluare ca ofertantul nu a adus clarificari in ceea ce consta sustinerea acordata (de subcontractant) este eronata intrucat (asa cum s-a precizat, in mod clar, in cuprinsul raspunsurilor la clarificari):

a/ in DUAE ofertant, a precizat, in Partea a II-a, sectiunea C: "**Informatii privind utilizarea capacitatatii altor entitati":** , iar in Parta a IV-a "Criterii de selectie, sectiunea C: **Capacitatea tehnica si profesionala**" cu privire la prezentarea indeplinirii cerintelor 3, 4 si 5 din fisa de date, a fost specificat clar "**Subcontrcatant"**

b/ in DUAE subcontrcatant a precizat clar la Parta a IV-a "Criterii de selectie, sectiunea C: **Capacitatea tehnica si profesionala**" modul in care indeplineste cerintele de calificare;

c/ in dosarul de oferta (propunerea tehnica) au fost prezentate toate documentele doveditoare privind detinerea de catre a dotarilor respective;

d/ din coroborarea datelor prezentate rezulta, in mod clar, faptul ca:

- **subcontractantul indeplineste cerintele de calificare 3, 4 si 5 din fisa de date (capacitatea tehnica si profesionala);**
- **capacitatea tehnica prezentata de subcontractantul face obiectul sustinerii acordate ofertantului pentru indeplinirea cerintelor de calificare.**

Totodata, subliniem faptul ca solicitarea autoritatii contractante ca ofertantul sa elimine din DUAE, Partea II sectiunea C : "Informatii privind utilizarea capacitatii altor entitati" a subcontractantului a fost de neinteles si total inacceptabila, intrucat:

a/ ar fi avut ca rezultat NEINDEPLINIREA CERINTELOR DE CALIFICARE 3, 4 si 5 din FISA DE DATE prin nedeclararea faptului ca ofertantul "se bazeaza pe capacitatile unei entitati" (pentru indeplinirea cerintelor).

b/ incalca pevederile din Notificarea ANAP nr. 240/2016 (Ghid utilizare DUAE) unde se precizeaza in clar ca "entitati" pe ale caror capacitati se poate baza un ofertant sunt: terti sustinatori sau subcontractanti.

De asemenea, subliniem faptul ca ofertantul a prezentat TOATE datele si informatiile necesare, conform reglementarilor legale in vigoare, si anume:

a/ ofertantul a declarant operatorul economic ca fiind:

- atat **"entitate pe capacitatea careia se bazeaza"** (in sensul si intelesul indeplinirii unei cerinte) DUAE Partea a II-a, sectiunea C, cat si
- **"subcontractant"**, DUAE Partea a IV-a sectiunea C, cu precizarea procentului de subcontractare;

b/ ofertantul a prezentat acordul de subcontractare cu subcontractantul

c/ a prezentat:

- DUAE in care si-a declarant calitatea de subcontractant si tert sustinator pentru ofertantul
- infomatii cu privire la capacitatea tehnica, cu enumerarea, in clar, a modului in care indeplineste cerintele de calificare din fisa de date DUAE Partea a IV-a, sectiunea C;
- documente justificative prin care probeaza detinerea utilajelor si echipamentelor care fac obiectul cerintelor (propunerea tehnica);
- acordul de subcontractare cu ofertantul prin care isi asuma raspunderea prestarii serviciilor, in legatura cu care a indeplinit cerintele de calificare si a prezentat dotarile si dovezile de detinere aferente.

Fata de cele de mai sus si in legatura cu prezentarea unui angajament de sustinere de catre un operator economic, cu calitate de subcontrcatant, pe ale carui capacitati ofertantul se bazeaza (respectiv indeplineste o cerinta de calificare) prezentam urmatoarele concluzii:

1. ANAP considera ca, in cazul in care subcontractantul indeplineste o cerinta de calificare, acesta, desi devine, teoretic, si tert sustinator, nu mai este nevoit sa depuna nici DUAE in calitate de tert sustinator si nici angajament de sustinere in legatura cu cerintele pe care le indeplineste deja in calitate de subcontractant.
2. Punctul de vedere este perfect intemeiat, intrucat ambele documente sunt inutile in masura in care:
   a. subcontractantul a prezentat deja un DUAE, iar un alt DUAE (cu exact acelasi continut) nu are nicio justificare;

b. seturile de documente **DUAE+acord de subcontractare** si **DUAE+angajament de sustinere** sunt specifice subcontactantilor, respectiv tertilor sustinatori, dar in masura in care acelasi operator economic este si subcontractant si tert sustinator (cu referire evidenta la aceleasi obiecte/cerinte) setul aferent tertului este evident inutil.

c. conform art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 angajamentul de sustinere are rolul de a oferi autoritatii contractante o asigurare in privinta faptului ca ofertantul **"a luat masurile necesare pentru a avea acces in orice moment la resursele necesare"** (n.r. pentru indeplinirea unei/unor cerinte de calificare), dar in cazul in care aceste cerinte sunt indeplinite de un subcontractant (si trebuie acceptate conform art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.)
Autoritatea contractanta a primit deja asigurarea masurilor luate de ofertant prin incheierea si prezentarea acordului de subcontractare si a tuturor documentelor doveditoare privind indeplinirea cerintelor.

d. mai mult, subcontractantul, prin clauze contractuale derivate din contractul de achizitie publica, **asigura si angajeaza concret in contract resursele pentru care prezinta dovezi de detinere si de indeplinire a cerintelor, asumandu-si inclusiv indeplinirea obligatiilor contractuale legate de utilizarea acestor resurse;**

e. toate elementele unui angajament de sustinere sunt acoperite corespunzator prin documentele depuse de subcontractant;

f. acordul de subcontractare se transforma in contract de subcontractare, in caz de adjudecare, si este un document care conditioneaza semnarea contractului de achizitie publica, avand o acoperire juridica (in privinta obligatiilor asumate) si o importanta incomparabil mai mare decat un angajament de sustinere, prezentarea celui din urma devenind inutila.

In concluzie, un angajament de sustinere prezentat de subcontractantul pe ale carui resurse se bazeaza ofertantul si avand ca obiect "punerea la dispozitia ofertantului a unor resurse" cu privire la indeplinirea obligatiilor legate de cerinta pe care o indeplineste acest subcontractant:

A. **NU ARE OBIECT, pentru ca subcontractantul S-A ANGAJAT DEJA PRIN ACORDUL DE SUBCONTRCATARE, nu numai sa asigure resursele conform cerintelor din documentatia de atribuire, ci si sa indeplineasca nemijlocit obligatiile contractuale legate de utilizarea acestor resurse, prezentand, totodata, toate documentele si dovezile capacitatii sale, cerute de documentatia de atribuire in acest sens;**

B. **NU ARE SENS, pentru ca textele celor doua documente (acord de subcontractare si angajament de sustinere) devin contradictorii in raport cu esenta responsabilitatilor asumate, in masura in care sunt prezentate de acelasi operator economic, pentru ca subcontractantul nu pune resursele "la dispozitia ofertantului", in sensul juridic al exprimarii, asa cum se prezinta termenii angajamentului, ci LE ASIGURA IN CONTRACTUL DE ACHIZITIE PUBLICA si le utilizeaza PERSONAL SI PE PROPRIE RASPUDERE, in folosul si in scopul indeplinirii obligatiilor asumate in contractul de achizitie publica.**

C. **RIDICA PROBLEME DE INTERPRETARE, FIIND INACCEPTABIL, in masura in care subcontractantul, conform formularului de angajament, invoca, in fapt, eventualitatea propriei incapacitati de a indeplini obligatiile asumate ("vom mobiliza utilajele, instalatiile si echipamentele IN CAZUL IN CARE CONTRACTANTUL INTAMPINA GREUTATI")**

D. **RIDICA PROBLEME DE LOGICA, in masura in care subcontractantul "se angajeaza" ca, in cazul propriei incapacitati de a-si onora obligatiile contractuale, TOT EL (in calitate de tert sustinator) sa intervina pentru indeplinirea acelorasi obligatii. Dificultatile "intampinate de CONTRACTANT" la care face referire angajamentul de sustinere sunt, in acest caz,**

generate de subcontractant, pentru ca au ca obiect obligatiile legate de cerintele indeplinite de acesta).

De asemenea, invederam Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor faptul ca autoritatea contractanta nu a facut dovada bunei-credinte si a intentiei de a remedia nelegalitatile semnalate de subscrisa, prin Notificarea nr. 2727/13.10.2017, intrucat a refuzat sa formuleze un raspuns la aceasta. Astfel, prin lipsa unei pozitii de remediere a neconcordantelor semnalate de subscrisa, autoritatea contractanta incalca art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, care prevede urmatoarele: *„În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, **autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări**”*.

Avand in vedere cele expuse mai sus, in temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, va solicitam admiterea prezentei contestatii, asa cum a fost formulata si obligarea autoritatii contractante la *anularea adresei nr.12B/7286/06.10.2017 privind respingerea ca inacceptabila a ofertei si reluarea procedurii prin declararea ofertei ca fiind acceptabila, fiind indeplinite cerintele prevazute de H.G. nr. 395/2016.*

Precizam ca operatorul economic are un interes legitim in legatura cu prezenta procedura si se considera persoană vătămată de neconcordantele si interpretarea autoritatii contractante.

In drept, ne intemeiem prezenta contestatie pe dispozitiile Legii nr. 101/2016 *privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor*, dispozitiile Legii nr. 98/2016 *privind achizitiile publice, cu modificarile si completarile ulterioare,* dispozitiile HG. nr. 395/2016 *pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificarile si completarile ulterioare,* precum şi pe toate prevederile legale avute în vedere în cuprinsul prezentei Contestatii.

In sustinerea prezentei, intelegem sa ne folosim de proba cu inscrisuri.

Depunem, in copie: Notificarea nr. a societatii cu dovada postarii in SEAP, Adresa autoritatii contractante cu nr. 12B/7286/06.10.2017, extras Notificare ANAP nr. 240/2016.

Va rog sa confirmati primirea prezentei.

Va multumim.
Cu deosebita consideratie,