CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de Asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, prin lider SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., reprezentată legal prin ..... - Administrator, formulată împotriva rezultatului evaluării DUAE ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1615/29.03....., emis de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii simplificate, organizate în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului Construire poduri și podețe în ....., județul .....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul evaluării DUAE ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1615/29.03....., emis de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, considerând nelegală decizia acesteia din urmă de a-i respinge oferta motivat de faptul că aceasta nu îndeplinește cerința privind experiența similară, numai două din cele șase contracte putând fi luate în considerare și care, însumate, au valoarea de 450.360,65 lei, sub pragul stabilit prin documentația de atribuire, de 1.390.000 lei fără TVA.

Raportându-se la (i) obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, respectiv Construire poduri și podețe în ....., județul ....., (ii)

domeniul contractului, (iii) prevederile fișei de date a achiziției, Cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința 1.A), potrivit cărora ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani (...) au dus la bun sfârșit lucrări de construire/reabilitare/modernizare poduri și/sau pasaje și/sau viaducte sau a unei infrastructuri similare din punct de vedere al complexității și/sau utilității, în valoare cumulată de cel puțin 1.390.000 lei fără TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte, precum și la (iv) legislația în vigoare privind achizițiile publice (legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017), care definește clar modul în care cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită de către ofertanți prin prisma similarității cu conținutul documentației de atribuire, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă nu a acceptat, ca experiență similară, lucrări de podețe.

Astfel, contestatoarea arată că experiența sa *cuprinde poduri cu valoare superioară celor din oferta financiară și podețe cu infrastructură cel puțin similară celor din oferta financiară*, cele șase contracte indicate în formularul DUAE dovedind îndeplinirea criteriilor de calificare solicitate prin documentația de atribuire.

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă conduita autorității contractante de a nu menționa, în comunicarea privind rezultatul procedurii, *motivele pentru care experiența similară depusă nu îndeplinește criteriile din fișa de date a achiziției, legislația în baza căreia a fost respinsă oferta noastră, argumente pe lege pentru care podețele nu reprezintă infrastructura similară din punct de vedere al complexității sau utilității cu contractul supus prezentei proceduri*.

Mai mult, susține contestatoarea, orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie să fie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente, care ar defavoriza un ofertant, și căruia trebuia să i se acorde dreptul de a-și demonstra cu claritate și în cunoștință de cauză îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară. Contrar acestei conduite, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu i-a solicitat nicio clarificare în acest sens.

De altfel, precizează contestatoarea, în valoarea înscrisă în contractul nr. 745/22.04.2016 s-au executat cinci podețe DD4, de o complexitate similară execuției podurilor (lucrări de betonare, cât și lucrări de montaj prefabricate).

Însăși execuția podețelor, care nu presupune doar pozarea tuburilor, ci și realizarea de timpane/camere de cădere (structuri din beton) și racordarea/încadrarea acestora la/în rețeaua de colectare a apelor, realizate uneori la adâncimi similar pilelor de pod, pot necesita lucrări de complexitate ridicată, similară celor de poduri.

În opinia contestatoarei, interpretarea autorității contractante în ceea ce privește propriile cerințe de experiență similară este nelegală, restrictivă și abuzivă în raport cu lucrările ce se execută, cu atât mai mult cu cât nicăieri în documentația de atribuire nu specifică clar că nu se acceptă experiență similară de podețe sau că se acceptă doar poduri.

În acest context, contestatoarea solicită Consiliului să verifice modalitatea de îndeplinire a condiției privind experiența similară de către ceilalți participanți la procedură.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile art. 8 alin. (1) și art. 19 din Legea nr. 101/2016, art. 2 alin. (2), art. 154 și art. 196 din Legea nr. 98/2016, art. 20 alin. (2) și (3) și art. 134 din HG nr. 395/2016, prevederile fișei de date a achiziției versiunea decembrie 2016, ale Notificării ANAP privind fișa de date a achiziției - versiunea decembrie 2016, ale Instrucțiunii nr. 2/2017, precum și pe cele ale art. 15 din Codul de procedură civilă.

Prin adresa nr. 1833/16.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15158/16.04....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Totodată, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității acestei contestații, susținând că neregulile cu privire la fișa de date a achiziției sesizate de contestatoare sunt tardive.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că, în urma analizării DUAE, comisia de evaluare a constatat că pot fi acceptate ca experiență similară două contracte, și anume contractul nr. 10491/14.05.2015 (Beneficiar Județul Satu Mare) și contractul nr. 1667/22.06.2012 (Beneficiar Comuna Fildu de Jos, Județul .....), care însumate au valoarea de 450.360,65 lei (233.401,04 + 216.959,61), insuficient pentru îndeplinirea cerinței de calificare (1.390.000 lei fără TVA).

Celelalte contracte, menționate în DUAE, se referă la construire podețe și nu pot fi luate în calcul, având în vedere cerința din fișa de date a achiziției, potrivit căreia, se solicită lucrări de construire/reabilitare/modernizare poduri și/sau pasaje și/sau viaducte sau a unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității.

Mai mult, având în vedere că SC ..... SRL a precizat, suficient de clar, în DUAE, valoarea podurilor și podețelor realizate în cadrul fiecărui contract, autoritatea contractantă a considerat că nu se impune solicitarea unor clarificări suplimentare, privitor la obiectul şi valoarea acestor contracte.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... (în calitate de autoritate contractant) a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului Construire poduri și podețe în ....., județul .....”, prin publicarea, în SEAP, la ....., a anunțului de participare simplificat nr. ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, în etapa de evaluare DUAE (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 1615/29.03.....), SC ..... SRL a înaintat prezenta contestație (după ce a îndeplinit procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea actului atacat și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii, prin reevaluarea și stabilirea ”caracterului acceptabil, conform și adecvat” al ofertei sale.

Având în vedere excepția de tardivitate a demersului, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul face analiza cu întâietate a excepției, în condițiile impuse la alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016.

Consiliul are în vedere că, în fapt, autoritatea contractantă pretinde că ar fi atacată cerința de calificare, nu măsura de respingere a ofertei, ceea ce ar releva tardivitatea contestației. Or, din obiectul explicit al contestației (anularea deciziei de respingere și reevaluarea ofertei), precum și din motivația în fapt și în drept a cererilor, rezultă că SC ..... SRL nu atacă cerința de calificare consemnată în documentația de atribuire, ci modul de aplicare a cerinței, la oferta sa.

Prin urmare Consiliul constată că excepția de tardivitate este nefondată, motiv pentru care, după respingerea ei, face analiza pe fond a criticilor.

Văzând actele emise de autoritatea contractantă, ce conțin rezultatul atacat, Consiliul constată că, în fapt, aprecierea autorității contractante privind caracterul inacceptabil al ofertei, se bazează pe informațiile cuprinse de ofertant în DUAE, în raport cu cerința de calificare privind experiența similară.

Pe de o parte, se constată că autoritatea contractantă a analizat cerința de calificare fără a solicita documente doveditoare, în condițiile precizate chiar de către fișa de date a achiziției (în secțiunea intitulată *Modalitatea de îndeplinire*), adică după stabilirea clasamentului ofertelor admisibile, și numai de către ofertantul aflat pe primul loc al clasamentului.

Pe de altă parte, Consiliul reține că autoritatea contractantă a înțeles să excludă din lista lucrărilor similare prezentată de contestatoare acele contracte ce conțin executarea unor lucrări de podețe, sub considerentul că cerința de calificare nu ar fi făcut referire și la acestea.

Pornind de la conținutul fișei de date a achiziției, secțiunea *III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*, Consiliul consideră că cerința, potrivit căreia ofertanții trebuie să demonstreze că *(...) au dus la bun sfârșit lucrări de construire/reabilitare/modernizare poduri și/sau pasaje și/sau viaducte sau a unei infrastructuri similare din punct de vedere al complexității și/sau utilității, în valoare cumulată de cel puțin 1.390.000 lei fără TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte,* nu trebuie interpretată (exclusiv, gramatical) în înțelesul restrângerii participării doar a ofertanților care au construit în precedent doar poduri/pasaje/viaducte sau infrastructuri similare acestora.

Cerința de calificare trebuie interpretată în sensul obiectiv al identificării capacității tehnice a ofertantului contractant, de nivelul

minim al viitorului contract de achiziție publică, ce cuprinde și lucrări de podețe. Tocmai în acest scop, individualizarea cerinței se face/s-a făcut atât valoric cât și tehnic (după complexitatea obiectului) la nivelul viitorului contract.

De altfel, prin Instrucţiunea nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 a ANAP, emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, precizează atât scopul unei astfel de cerințe, cât și nivelul său, obiectiv stabilit, valoric sau din punct de vedere al complexității (în cuprinsul art. 1 și al art. 3 alineatele 2-3):

ART. 1 Autoritatea/Entitatea contractantă are dreptul de a solicita, atât prin anunţul de participare/de participare simplificat, cât şi prin documentaţia de atribuire, ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru să facă dovada capacităţii sale tehnice şi profesionale referitoare la experienţa în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip şi complexitate, cât şi din punctul de vedere al rezultatului/funcţionalităţii urmărite prin scopul contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce se atribuie prin respectiva procedură.

.....

ART. 3

(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă: a) va preciza ce înţelege prin produse/servicii/<u>lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract</u> de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informaţii ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea şi/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate; b) va stabili plafonul valoric/cantitativ şi numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.

(3) Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) <u>nu poate fi mai mare</u> decât: a) <u>valoarea</u> estimată a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru <u>ce urmează să</u> fie atribuit, în situaţia în care se utilizează un reper valoric asociat cerinţei.

În cazul de față, autoritatea contractantă nu a precizat, explicit, prin strategia de contractare, dar nici prin documentația de atribuire, că experiența similară a ofertanților/relevantă pentru ea ar fi doar cea rezultând din execuția în precedent a unor poduri/viaducte/pasaje etc. și că execuția unor podețe nu ar prezenta interes în analiza capacității tehnice a viitorilor ofertanți.

De asemenea, întrucât valoarea estimată a achiziției (pentru lucrări de construcții și instalații) este stabilită și prin cuprinderea valorii lucrărilor de podețe, excluderea unei astfel de experiențe (în construcții podețe) ar fi trebuit să conducă la diminuarea valorii (de 1.390.000 lei fără TVA) experienței similare impuse prin fișa de date a achiziției, tocmai pentru a respecta prevederile amintitei Instrucțiuni a ANAP.

Consiliul consideră că documentația de atribuire, sub acest aspect, nu ar putea fi generatoare de interpretări contrare scopului general urmărit de legiuitor sau scopului obiectiv, declarat, al achizitorului, de a asigura o informare clară și neechivocă, conform dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire*.

Prin urmare, Consiliul consideră eronată excluderea contestatoarei, pentru motivul cuprins în adresa nr. 1615/29.03....., nefiind verificată, încă, experiența similară a ei, în condițiile precizate prin documentația de atribuire, la nivelul permis de dispozițiile legale evocate mai sus.

Drept consecință, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va anula decizia amintită și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, prin reevaluarea ofertei, în raport cu dispozițiile art. 132 alineatele 1 și 2 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016: *(1) În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE.*

(2) Comisia de evaluare are obligaţia solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.

În considerarea nevoii de analiză completă a DUAE, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei, de la etapa analizei DUAE, conform dispozițiilor de la alin. (5) al art. 26 din Legea nr. 101/2016.

În mod implicit, Consiliul va respinge capătul de cerere privind continuarea procedurii prin acceptarea, *de plano*, a caracterului acceptabil al ofertei, întrucât autoritatea contractantă nu a finalizat această evaluare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de Asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., împotriva excluderii sale din procedura inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ...../....., în partea privind anularea adresei conținând decizia de excludere a ofertei pentru lipsa experienței similare.

Respinge solicitarea de acceptare a caracterului ”acceptabil, conform și adecvat” al ofertei contestatoarei, ca nefondată.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei, de la etapa analizei DUAE.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

.... **....** **....**

....