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; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de asocierea SC ..... SRL - SC ... SA, prin liderul de asociere SC ..... SRL, cu sediul în localitatea .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal prin administrator ..., privind procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”.....”, cod CPV 45232120-9, organizată de ....., cu sediul în ....., str....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. ...../....., prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă;
- anularea adresei nr. 336/29.03..... - răspunsul la notificarea prealabilă;
- adoptarea măsurilor de remediere;
- continuarea procesului de evaluare a ofertei.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea SC ..... SRL - SC ... SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că în cadrul fișei de date a achiziției, la secțiunea III.2.3.a) pentru îndeplinirea capacității tehnice și/sau profesionale, s-a solicitat experiența similară constând în lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 2.804.419,91 lei, la nivelul a minim 1 contract maxim 3 contracte.

Pentru îndeplinirea acestei cerințe, asocierea SC ..... SRL - SC ... SA a prezentat în DUAE în cadrul părții IV - Criteriile de selecție - pct. C - Capacitatea tehnică și profesională - experiența similară constând în trei contracte:

- Contract nr. 10437/09.12.2014 - „Extinderea alimentării cu apă potabilă și extinderea canalizării și epurării apelor uzate în ...";
- Contract nr. 11/10.02.2016 - „Înființarea sistemului de alimentare cu apă pentru ..., jud. .....";
- Contract nr. 5866/22.08.2016 - „Extindere sistem de alimentare cu apă potabilă și extindere sistem de canalizare ape uzate în ...".

Contestatorul precizează că toate aceste contracte prezentate ca experiență similară au valoarea cumulată de 3.082.368 lei, fără TVA, fiind astfel îndeplinită cerința solicitata.

Prin adresa nr. 290/09.02....., contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a solicitat transmiterea unui DUAE revizuit, în care să menționeze, în cadrul descrierii contractului nr. 10437/09.12.2014, suma din care s-a calculat procentul de 20%, reprezentând valoarea de 428.796,71 lei și ce anume reprezintă suma respectivă.

În data de 13.02....., contestatorul precizează că a transmis DUAE revizuit, în care a menționat în cadrul descrierii contractului nr. 10437/09.12.2014 următoarele: valoarea totală a contractului a fost de 10.341.512,14 lei (fără TVA), din care alimentare cu apă 1.566.873,21 lei (fără TVA). Valoarea lucrărilor de rețele de apă executate de SC ... SA a fost de 428.796,71 lei (fără TVA). SC ... SA, în cadrul contractului, a executat următoarele lucrări: rețea apă 5644 ml din care: 1359 ml țeavă PEHD DE75, Pn6; 2344 ml țeavă PEHD DE63 Pn6; 1941 ml țeavă PEHD DE 50 Pn6. La executarea lucrărilor a avut rolul de asociat cu un procent de 20%. Ordin de începere a lucrărilor nr. 5249 și 5250 din 17.06.2015; PV de recepție la terminarea lucrărilor nr. 13723 și 13724 din 11.12.2017.

În data de ....., contestatorul arată că autoritatea contractantă a postat în SEAP comunicarea rezultatului procedurii nr. ..... prin care l-a înștiințat că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin.(5) din HG nr. 395/2016, cu motivația că nu s-a menționat în DUAE revizuit suma din care s-a calculat procentul de 20%.

Considerând această decizie a autorității contractante ca fiind consecința unei greșite evaluări și interpretări a datelor pe care asocierea sa le-a furnizat atât în DUAE inițial, cât și în DUAE revizuit, contestatorul arată că a formulat și transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 95/19.03....., prin care a solicitat măsuri de remediere și în care a explicat și probat că procentul real executat de SC ... SA în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014 este de 27,26%.

În notificarea prealabilă, contestatorul a precizat că, urmare a solicitării de clarificare nr. 290/09.02....., a răspuns cât s-a putut de

elocvent, iar printr-un calcul matematic simplu se putea observa că valoarea lucrărilor executate efectiv de SC ... SA în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014, pe componența rețele alimentare cu apă, a fost mai mare decât procentul de 20%, care era menționat în acordul de asociere.

Dacă la semnarea acordului de asociere s-a estimat executarea unui procent de 20% din totalul lucrărilor (rețele de canalizare și rețele de apă), la finalul lucrărilor s-a ajuns ca SC ... SA să execute lucrări de rețele de apă în procent de 27,36%.

Ceea ce poate și trebuie luat în considerare ca experiență similară este procentul final, real și efectiv executat de SC ... SA, care este de 27,36% din valoarea rețelelor de alimentare cu apă de 1.566.873,21 lei (fără TVA), adică exact suma de 428.796,71 lei (fără TVA), pe care a indicat-o în DUAE revizuit.

Contestatorul face dovada prin procesul-verbal nr. 13723/11.12.2017 și centralizatorul situațiilor de lucrări a contractului nr. 10437/09.12.2014, în care se observă că valoarea rețelei de apă executată este de 428.796,72 lei (fără TVA), reieșind printr-un calcul simplu că procentul real executat este de 27,36%.

În opinia contestatorului, respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 apare ca fiind fără temei, întrucât răspunsul său la solicitarea de clarificări nu poate fi catalogat drept „neconcludent", atât timp cât a pus la dispoziția autorității contractante toate datele necesare pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 autoritatea contractantă avea obligația de a stabili clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte în parte. Acestea trebuie solicitate în scopul de a clarifica în mod efectiv o ofertă; ele nu trebuie să aibă doar un caracter formal și care să nu lămurească, prin răspunsul primit, oferta.

Contestatorul precizează că, în cazul de față, solicitarea de clarificare are caracter formal, întrucât prin aceasta autoritatea contractantă nu s-a lămurit asupra aspectului solicitat, astfel că trebuia să revină cu o nouă clarificare pentru a-i putea da ocazia de a răspunde și mai elocvent și astfel să fie înlăturat orice dubiu în evaluarea ofertei.

Mai mult decât atât, contestatorul menționează că odată cu notificarea prealabilă a transmis autorității contractante și procesul-verbal nr. 13723/11.12.2017, precum și centralizatorul situațiilor de lucrări aferente contractului nr. 10437/09.12.2014 din care rezultă în mod clar și fără echivoc că SC ... SA a executat un procent de 27,36% din valoarea rețelelor de alimentare cu apă de 1.566.873,21 lei (fără TVA), adică exact suma de 428.796,71 lei (fără TVA).

În aceste condiții, contestatorul arată că autoritatea contractantă, lămurită atât prin răspunsul la solicitarea de clarificări (DUAE revizuit), cât și prin notificarea prealabilă (împreună cu actele anexate), a ales să mențină decizia de respingere a ofertei sale, dând dovadă de un formalism excesiv, cu toate că asocierea sa a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Totodată, contestatorul arată că, în data de 22.03....., autoritatea contractantă i-a comunicat, prin adresa nr. 334/22.03....., că a solicitat părerea unui expert în vederea lămuririi situației și stabilirii măsurilor de remediere ce se impun, iar în data de 29.03....., prin adresa nr. 336, autoritatea i-a transmis răspunsul la notificarea prealabilă, în sensul că „raportul expertului de specialitate nu identifică măsuri efective de remediere și că se menține decizia autorității contractante".

Prin adresa nr. 382/12.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 14744/13.04....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de asocierea SC ..... SRL - SC ... SA.

Ca urmare a comunicării nr. ....., transmisă prin SEAP, în data de ....., către ofertantul asocierea SC ..... SRL – SC ... SA, autoritatea contractantă arată că acesta a depus notificarea prealabilă nr. 95/19.03....., la care, conform prevederilor legale, în speță art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, a transmis, în termenul legal, adresa nr. 342/22.03....., prin care informat ofertantul că măsurile de remediere vor fi stabilite și comunicate ulterior.

În fapt, autoritatea contractantă arată că în DUAE-ul prezentat de către ofertantul în cauză, (în speță asociat ... SA), acesta, la descrierea contractului nr. 10437/09.12.2014, a precizat:

”Descriere

Contract nr. 10437/09.12.2014 - "*Extinderea alimentării cu apă potabilă și extinderea canalizării și epurării apelor uzate în comuna Doljești, județul Neamț"; Val. totală a contractului a fost de 10.341.512,14 lei (f. TVA); din care alimentare cu apă: 1.566.873,21 lei (f. TVA), din care SC ... SA - 428.796,71 lei (f. TVA). La executarea lucrărilor am avut rolul de asociat cu un procent de 20%. Ordin de începere a lucrărilor nr. 5249 și 5250 din 17.06.2015; PV de recepție la terminarea lucrărilor nr. 13723 și 13724 din 11.12.2017”.*

În data de 09.02....., autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 290, a solicitat clarificări referitoare la DUAE prezentat inițial de către ofertant, cu următorul text:

”Vă rugăm ca până în data limită de 13.02..... să ne transmiteți un DUAE revizuit, unde:

- *la descrierea contractului nr. 10437/09.12.2014, să menționați suma din care s-a calculat procentul de 20%, reprezentând valoarea de 428.796,71 lei, și ce anume reprezintă suma respectivă.*
- *la descrierea contractului nr. 11/10.02.2016, să menționați suma fără TVA și partea din contract executată, aferentă procentului de 34% al asociatului S.C. ... S.A”.*

În DUAE revizuit, prezentat de ofertant în data de 13.02....., la descrierea contractului nr. 10437/09.12.2014, ofertantul a precizat:

”Descriere

Contract nr. 10437/09.12.2014 - "Extinderea alimentării cu apă potabilă și extinderea canalizării și epurării apelor uzate în ..."; Val. totală a contractului a fost de 10.341.512,14 lei (f. TVA); din care alimentare cu apă: 1.566.373,21 lei (f. TVA). Valoarea lucrărilor de rețele de apă executate de SC ... SA a fost de 428.796,71 lei (f. TVA). SC ... SA în

cadrul contractului a executat următoarele lucrări: Rețea apă 5644 ml din care: 1359 ml țeava PEHD DE75, Pn6; 2344 ml țeava PEHD DE 63, Pn 6; 1941 ml țeava PEHD DE 50 Pn 6. La executarea lucrărilor am avut rolul de asociat cu un procent de 20%. Ordin de începere a lucrărilor nr. 5249 și 5250 din 17.06.2015; PV de recepție la terminarea lucrărilor nr. 13723 și 13724 din 11.12.2017".

În ceea ce privește susținerea contestatorului "Am precizat că urmare a solicitării de clarificare nr. 290/09.02..... noi am răspuns cât s-a putut de elocvent, iar printr-un calcul matematic simplu se putea observa că valoarea lucrărilor executate efectiv de SC ... SA în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014 pe componenta rețele alimentare a fost mai mare decât procentul de 20% care era menționat în acordul de asociere", autoritatea contractantă precizează că ofertantul recunoaște că sumele menționate în descrierea contractului în cauză, atât în DUAE inițial, cât și în DUAE revizuit, în niciun caz nu puteau fi rezultatul unei participări de 20% la execuția contractului, astfel încât solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare a fost justificată.

Chiar daca restul contractelor, în tot sau în parte, depășeau pragul valoric minim menționat în fișa de date a achiziției, comisia de evaluare este îndreptățită să solicite clarificări cu privire la orice informație menționată în DUAE asupra cărora sunt necesare lămuriri, chiar dacă și pentru a acoperi ipoteza în care sunt identificate situații care duc la neluarea în considerare a celorlalte contracte prezentate ca experiență similară (nu există faptic, nu au valoarea menționată în DUAE, se înscriu în fals, etc).

Cu privire la susținerea contestatorului "*Dacă la semnarea acordului de asociere s-a estimat executarea unui procent de 20% din totalul lucrărilor (rețele de canalizare și rețele de apă), la finalul lucrărilor s-a ajuns ca SC ... SA să execute lucrări de rețele de apă în procent de 27,36%. Ceea ce poate și trebuie luat în considerare ca experiență similară este procentul final, real și efectiv executat de SC ... SA, care este de 27,36% din valoarea rețelelor de alimentare cu apă de 1.566.873,21 lei (fără TVA), adică exact suma de 428.796,71 lei (fără TVA), pe care noi am indicat-o în DUAE revizuit*", autoritatea contractantă precizează că aceasta este o informație care putea fi utilă atât comisiei de evaluare, cât și ofertantului, dacă era menționată în DUAE inițial sau, în ultima instanță, în DUAE revizuit, (faptul că SC ... SA a ajuns în finalul lucrărilor să execute lucrări de rețele de apă în procent de 27,36%).

Eroarea în acest caz aparține ofertantului, care a omis informarea comisiei de evaluare cu privire la această situație. Dacă o asemenea omisiune este scuzabilă în cazul DUAE inițial în care ofertantul a prezentat ce informații a considerat necesare pentru a demonstra îndeplinirea cerinței privind experiența similară, în cazul unui răspuns la solicitare de clarificări din partea autorității, unde neconcludența, neclaritatea sau lipsa răspunsului este situație de excludere, omiterea prezentării acestor informații este un risc asumat al ofertantului.

De altfel, autoritatea arată că atât prin dispozițiile legale aplicabile, jurisprudența existentă, cât și prin prevederile explicite ale fișei de date a achiziției (observații finale paragrafele 2 și 7), riscul transmiterii ofertei,

incluzând aici și riscul transmiterii unor răspunsuri neconcludente sau neclare la solicitările de clarificări, sau lipsa răspunsului în întregime, din orice motiv, revine strict ofertantului și nu poate fi imputată altuia (în cazul de față comisiei de evaluare).

Astfel, un răspuns evaziv, inconsistent, incomplet, poate atrage după sine neconformitatea si, implicit, pierderea competiției.

Autoritatea contractantă nu poate reține apărarea ofertantului conform căreia: *"În cazul de față solicitarea dvs. de clarificare are caracter formal întrucât prin aceasta nu v-ați lămurit asupra aspectul solicitat, astfel că trebuia să reveniți cu o nouă clarificare pentru a putea să ne dați ocazia de a răspunde și mai elocvent și astfel să înlăturați orice dubiu în evaluarea ofertei".*

Autoritatea arată că potrivit prevederilor art. 134, alin. (5) din HG nr. 395/2016, dacă clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta va fi considerata inacceptabilă.

De asemenea, conform DEX online, definiția cuvântului CONCLUDENT, -Ă, concludenți, -te, adj. (Adesea adverbial) Care convinge; convingător. ♦ Pe baza căruia se poate trage o concluzie. - Din lat. concludens, -ntis.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că tocmai răspunsul inițial trebuia să "înlăture orice dubiu în evaluarea ofertei".

În plus, autoritatea menționează că din actul normativ citat anterior nu rezultă o formulare de genul, dacă răspunsul prezentat de către ofertant nu este concludent, comisia de evaluare are dreptul de a solicita noi clarificări legate de același subiect, ci este impus imperativ, în situația în care răspunsul prezentat nu este concludent, oferta va fi considerată inacceptabilă.

În caz contrar, dacă s-ar accepta o atare apărare, s-ar ajunge în situația absurdă în care o comisie de evaluare ar formula o solicitare de clarificare adresată unui ofertant iar apoi ar transmite ”n” reveniri la solicitarea inițială până ce ofertantul în cauză va răspunde complet, concludent și satisfăcător. O atare situație absurdă ar include și posibilitatea ca ofertantul să nu răspundă deloc. Aplicând raționamentul contestatorului, comisia de evaluare ar fi obligată să revină chiar și în această situație pentru a-i da ofertantului posibilitatea să răspundă complet și elocvent. Un astfel de comportament nu ar fi doar nemaivăzut, ci și discriminatoriu și imoral, în contradicție flagrantă cu jurisprudența existentă cât și cu principii legale de bază precum *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpa) și *Nemo censetur legem ignorare* (Nimeni nu poate fi considerat că nu cunoaște legea).

Dreptul comisiei de evaluare de a solicita clarificări asupra unor aspecte ce necesită lămurire nu trebuie confundat cu o obligație de a reveni "*ori de câte ori este nevoie*" asupra unei clarificări până ce ofertantul respectiv reușește sa răspundă. O asemenea interpretare, nemaiîntâlnită în practica judiciară, ar duce la:

- aberații juridice: golește de conținut normele ce prevăd sancțiuni în dauna ofertantului care, din lipsă de diligență sau din orice

alte motive, nu reușește să răspundă satisfăcător (complet, concludent și la termen) la o solicitare de clarificări,

- situații absurde: un ofertant prezintă un răspuns însoțit de un opis numerotat de la 1 la n, dar căruia îi lipsește un număr de pagini. Conform interpretării observatorilor ANAP, dacă ofertantul în cauză răspunde depunând doar o pagină, comisia de evaluare este nevoită să revină asupra solicitării inițiale de clarificări, "*ori ele câte ori este nevoie",* până ce primește un răspuns complet. Așadar, daca răspunsul complet ar avea 20 de pagini și ofertantul trimite câte una per răspuns la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare ar avea nevoie de 20 de solicitări de clarificări (1 inițială însoțită de 19 reveniri) pentru a primi un răspuns final;
- încălcări ale dispozițiilor legale privind tratamentul egal și nediscriminatoriu: acceptarea fie și la nivel de principiu a posibilității ca un ofertant să revină nedefinit asupra ofertei depuse, inclusiv asupra răspunsului la o solicitare de clarificări ce privește oferta, denotă un comportament discriminatoriu din partea comisiei de evaluare, de favorizare a respectivului ofertant în dauna celorlalți, aspecte reglementate explicit de legislația aplicabilă (art. 2 alin. (2) lit. b), coroborat cu art. 49-50 și cu art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016). În baza aceluiași raționament, ar trebui revenit *"ori de câte ori este nevoie"* și în cazul ofertanților care nu răspund în termenul prevăzut pentru solicitarea de clarificări și ar trebui acceptate răspunsurile primite după data limită.

În continuare, contestatorul prezintă 3 spețe din jurisprudența CNSC, concluzionând următoarele:

- Cu privire la prima speță invocată, contestatorul arată că aceasta se referă la propunerea financiară a unui ofertant însă abordarea de principiu se menține: comisia de evaluare nu poate lua în considerare un răspuns, fie și complet, dat ulterior unei date limită de transmitere (în cazul de față, răspunsul dat de asocierea SC ..... SRL - SC ... SA a fost complet, concludent și lămuritor abia în notificarea prealabilă depusă în data de 19.03..... și nu în răspunsul la solicitarea de clarificări transmis în data de 13.02.....). Acceptarea unei atare situații ar duce atât la înfrângerea dispozițiilor legale privind riscurile transmiterii ofertei (ce revin exclusiv ofertantului), respectiv la apariția unei situații de favorizare a ofertantului în cauză și discriminare a celorlalți participanți la procedură.
- În ceea ce privește a doua speță invocată, contestatorul arată că, comisia de evaluare a solicitat o clarificare asupra ofertei tehnice, ofertantul a răspuns de o manieră considerată concludentă de către acesta dar incompletă și neconcludentă de către comisia de evaluare și CNSC, drept urmare oferta fiind declarată inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, fără a se reveni "ori de câte ori este nevoie" asupra răspunsului. În fapt, nu s-a revenit deloc, comisia de evaluare aplicând dispozițiile legale în vigoare. În cazul de față, contestatorul arată că situația este și mai clară, ofertantul asocierea SC ..... SRL - SC ... SA recunoscând prin notificarea prealabilă că a dat un răspuns incomplet și eronat la solicitarea de clarificări dar a susținut că

trebuia să se revină asupra solicitării de clarificări și să i se dea șansa de a răspunde mai complet și mai elocvent.

- În niciuna din spețele prezentate, nici contestatorii și nici vreun alt terț nici măcar nu au formulat, darămite să dezbată necesitatea sau obligativitatea comisiei de evaluare de a reveni *"ori de câte ori este nevoie"* la un răspuns primit la o solicitare de clarificări pentru a da posibilitatea ofertantului în cauză să depună documente noi și să prezinte informații suplimentare astfel încât să transmită, finalmente, un răspuns *"mai complet și mai elocvent".*

De asemenea, contestatorul prezintă 2 spețe preluate de pe portalul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice - Biblioteca de spețe, link: https://www.achizitiipublice.gov.ro/questions/view/92, concluzionând următoarele:

- Cu privire la speța 496, contestatorul remarcă două aspecte esențiale asupra cărora insistă:

1. Comisia de evaluare trebuie să respingă oferta când explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, nicidecum are posibilitatea (obligația) de a reveni "ori de câte ori este nevoie" asupra aceleiași solicitări până când primește un răspuns satisfăcător.
2. Singura entitate ce poate stabili oportunitatea și conținutul solicitărilor de clarificări este exclusiv comisia de evaluare.

- În ceea ce privește speța 173, contestatorul arată că aceasta se referă la achizițiile sectoriale însă, principial, este o situație similară. Art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 prevede:

În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Iar art. 221 din Legea nr. 99/2016 prevede:

(1) *În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) *Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Paralelă cu situația de față este evidentă. Și în acest caz, norma legală este clară și imperativă, la fel și poziția ANAP, anume: Comisia de evaluare trebuie să respingă oferta când explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, nicidecum are posibilitatea (obligația) de a reveni "ori de câte ori este nevoie" asupra aceleiași solicitări până când primește un răspuns satisfăcător.

Suplimentar, în opinia autorității contractante, faptul că în notificarea prealabilă ofertantul menționează că SC ... SA a ajuns în finalul lucrărilor să execute lucrări de rețele de apă în procent de 27,36%, informație care nu rezultă în niciun fel din DUAE revizuit, prezentat ca urmare a solicitării de clarificări, intră sub incidența situației de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016:

ART. 167 (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că pe pagina de web https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=ro, Serviciul de completare și reutilizare a DEAU, este menționai că: "*Ofertanții pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție dacă informațiile din DEAU sunt false, nedivulgate sau nu pot fi susținute prin documente justificative".*

De altfel, autoritatea contractantă arată că în DUAE revizuit, prezentat de către ofertant, la pag. 18, este precizat: Partea VI. Declarațiile finale *"Operatorul economic declară că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false".*

În consecință, comisia de evaluare a decis în mod just să mențină decizia în ceea ce privește oferta depusă de către asocierea SC ..... SRL - SC ... SA, respectiv să mențină comunicarea rezultatului procedurii pentru ofertantul în cauză nr. ...../.....

În concluzie, autoritatea contractantă consideră solicitările ofertantului în cauză ca fiind echivoce și lipsite de temei, având ca singur scop întârzierea nejustificată a procedurii de achiziție.

Față de cele antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea în întregime a capetelor de cerere formulate de către contestator.

Prin adresa nr. 143/17.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 15381/17.04....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

În ceea ce privește îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, contestatorul consideră că a oferit toate informațiile necesare, susținute și de documentele aferente.

Autoritatea contractanta trebuia să fie mai clară în formularea solicitării de clarificări, indicând exact ceea ce solicită a fi clarificat.

Contestatorul susține că a răspuns concret la ceea ce i s-a solicitat, astfel că eventuala culpă aparține autorității contractante, care prin enunțarea unei solicitări vagi nu a precizat clar ceea ce o interesa.

Chiar și în aceste condiții, contestatorul consideră că soluția respingerii ofertei pentru acest motiv apare a fi una extremă, în condițiile în care prin răspunsul la solicitarea de clarificări a oferit toate informațiile

necesare pentru îndeplinirea cerinței, neprecizarea procentului final al lucrărilor executate fiind nesemnificativ în acest context.

De altfel, contestatorul precizează că valoarea procentului final al lucrărilor realizate de 27.36% rezultă implicit din informațiile și actele pe care le-a prezentat, calculul matematic prin care putea fi aflat acest procent nefiind de natură a crea un avantaj.

Contrar afirmațiilor autorității contractante în sensul că s-ar încălca principiul tratamentului egal dacă ar mai fi solicitat clarificări asupra acestui aspect, contestatorul consideră că tocmai prin formularea unei solicitări de clarificări vagi, neurmată de o solicitare clară și concretă, asocierea sa a fost lipsită, practic, de posibilitatea de a răspunde, la rândul său, clar și concret.

Contestatorul precizează că potrivit principiilor generale ale dreptului, un act normativ trebuie aplicat în spiritul legii, dând prioritate scopului în care o normă legală este instituită, adică producerea de efecte prin reglementarea situației care a făcut necesară emiterea normei. Ori, în cazul de față, autoritatea contractantă este deosebit de rigidă în aplicarea normelor legale în materie, preferând să ignore posibilitatea legală de a reglementa situația de fapt, alegând, în schimb, să aplice legea sec, dezavantajând atât operatorul economic, cât și, în final, chiar pe sine, întrucât se lipsește de o ofertă în cadrul procesului de achiziție publică.

Pentru aceste motive, cât și pentru cele precizate in cadrul contestației, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum aceasta a fost formulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „.....”, cod CPV 45232120-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În procesul verbal al ședinței de evaluare a documentelor depuse de către ofertanți nr. 328/12.03....., încheiat cu ocazia verificării DUAE-urilor revizuite depuse de către participanți s-a consemnat, printre altele, respingerea ca inacceptabilă a ofertei depusă de asocierea SC ..... SRL - SC ... SA, contestatorul în prezenta cauză.

Prin adresa nr. ...../....., autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință ofertantului contestator faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsul său la solicitarea de clarificare formulată de autoritatea contractantă nu a fost concludent, în sensul că acest răspuns nu a permis autorității contractante „să determine tipul de lucrări, în procent de 20%, executate de ofertant în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014”.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. ...../....., asocierea SC ..... SRL - SC ... SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Consiliul reține că prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a), autoritatea contractantă a solicitat următoarele: *„Ofertantul trebuie să fi executat lucrari similare în ultimii 5 ani în valoare cumulata de cel puțin 2.804.423.07 lei, la nivelul a minimum 1 contract maxim 3 contracte – Modalitatea prin care poate fi demonstrata indeplinirea cerintei: se va completa in DUAE de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire cu informatiile ce descriu nivelul lor de experienta, prin raportare la contractele executate in trecut, corespunzator cerintelor autoritatii contractante. Urmatoarele documente justificative care probeaza indeplinirea cerintei vor fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor”.*

Procedând la verificarea documentelor aflate la dosar, Consiliul reține că asocierea SC ..... SRL - SC ... SA a depus, în cadrul procedurii, DUAE pentru asociatul SC ... SA unde la cap. C, Capacitatea tehnică și profesională, a menționat că îndeplinește cerința privind experiența similară prin următoarele trei contracte:

- Contractul nr. 10437/09.12.2014 - „Extinderea alimentării cu apă potabilă și extinderea canalizării și epurării apelor uzate în comuna ...”, în valoare totală de 10.341.512 lei fără TVA, în care SC ... SA a avut calitatea de asociat cu un procent de 20%; lucrările de alimentare cu apă au fost în valoare de 1.566.873 lei fără TVA, din care SC ... SA a efectuat lucrări în valoare de 428.796 lei fără TVA;
- Contract nr. 11/10.02.2016 - „Înființarea sistemului de alimentare cu apă pentru satele ..., jud. .....", în valoare totală de 3.458.490 lei fără TVA, unde SC ... SA a avut calitatea de asociat cu un procent de 34%;
- Contract nr. 5866/22.08.2016 - „Extindere sistem de alimentare cu apă potabilă și extindere sistem de canalizare ape uzate în ...", în valoare totală de 3.844.975 lei fără TVA, unde SC ... SA a avut calitatea de executant unic.

Se reține în soluționare că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 290/09.02....., i-a solicitat ofertantului contestator transmiterea unui DUAE revizuit unde, cu privire la contractele nr. 10437/09.12.2014 și nr. 11/10.02.2016, să menționeze suma din care s-au calculat procentele de 20% și de 34%.

În termenul solicitat, contestatoarea a transmis autorității contractante un DUAE revizuit în care, la contractul nr. 10437/09.12.2014, a menționat următoarele: *„valoarea totală a contractului a fost de 10.341.512,14 lei, fără TVA, din care alimentare cu apă 1.566.873,21 lei, fără TVA. Valoarea lucrărilor de rețele de apă executate de ... SA a fost de 428.796,71 lei, fără TVA, ... SA în cadrul contractului a executat următoarele lucrări: rețea apă 5644 ml din care 1359 ml țeavă PEHD DE75, Pn6; 2344 ml țeavă PEHD DE63 Pn6; 1941 ml țeavă PEHD DE 50 Pn6. De asemenea, a menționat că, la executarea lucrărilor, a avut rolul de asociat cu un procent de 20% pentru întreaga lucrare. Ordin de începere a lucrărilor a fost semnat la data de 17.06.2015 iar recepția la terminarea lucrărilor a fost făcută la data de 11.12.2017”.*

Din verificarea DUAE revizuit transmis de către ofertantul contestator la solicitarea de clarificări a autorității contractante, Consiliul apreciază că acesta a oferit toate informațiile suficiente și relevante pentru calculul valorii experienței similare. Astfel, din răspunsul său rezultă semnificația sumei de 428.796,71 lei fără TVA, respectiv lucrări de rețele de apă executate de ... SA în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014.

Procentul de 20% reprezinta intreaga contributie a SC ... SA la realizarea contractului, se raporteaza la valoarea integrala a contractului de 10.341.512,14 lei, fără TVA, valoric fiind 2.068302 lei fara TVA iar suma de 428.796,71 lei fără TVA este, probata cu acte, corespunzatoare doar lucrărilor de rețele de apă executate de ... SA în cadrul contractului (lucrari similare).

Și în ceea ce privește contractul nr. 11/10.02.2016, contestatorul a precizat clar în DUAE revizuit că *„valoarea finală a contractului a fost de 3.458.490 lei fără TVA, din care lucrările executate de SC ... SA au fost în valoare de 1.177.321 lei fără TVA (...)".*

Nu numai că SC ..... SRL a răspuns clar la solicitarea de clarificare a autorității contractante, precizând exact care este valoarea lucrărilor similare (lucrări de alimentare cu apă) pe care le-a executat în cadrul contractelor nr. 10437/09.12.2014 și nr. 11/10.02.2016, dar în plus acesta a detaliat și tipul acestor lucrări, respectiv rețea apă 5644 ml din care 1359 ml țeavă PEHD DE75, Pn6; 2344 ml țeavă PEHD DE63 Pn6; 1941 ml țeavă PEHD DE 50 Pn6, PE 100, Dn 125, etc., reieșind astfel clar că sunt similare cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

Mai mult decât atât, chiar din DUAE inițial depus de ofertantul în cauză reieșea suma aferentă lucrărilor executate în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014, adică de 428.796,71 lei fără TVA. De asemenea, se poate vedea clar faptul că cerința vizând experiența similară, solicitată de autoritate în fișa de date a achiziției, este îndeplinită de asocierea ..... SRL – ... SA din punct de vedere valoric, ba chiar depășită, prin cele trei contracte menționate în DUAE.

Consiliul apreciază că răspunsul oferit de contestator la solicitarea de clarificări a autorității contractante nu poate fi considerat neconcludent și nu poate constitui temei de excludere, autoritatea contractantă apreciind total eronat, în fapt neexistând niciun motiv concret și real de respingere a ofertei depuse de asocierea ..... SRL – ... SA. Prin urmare, în aprecierea Consiliului, autoritatea contractantă a respins fara temei oferta depusă de asocierea ..... SRL – ... SA ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, criticile contestatorului fiind întemeiate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de asocierea ..... SRL – ... SA în contradictoriu cu....., va anula procesul verbal al ședinței de evaluare nr. 328/12.03..... și actele subsecvente acestuia, în partea ce privește oferta asocierii ..... SRL – ... SA; va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii ..... SRL – ... SA cu luarea în considerare DUAE revizuit depus de aceasta, conform celor precizate în motivare, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către asocierea SC ..... SRL - SC ... SA în contradictoriu cu .....

Anulează procesul verbal al ședinței de evaluare nr. 328/12.03..... și actele subsecvente acestuia, în partea ce privește oferta asocierii ..... SRL – ... SA.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii ..... SRL – ... SA și să ia în considerare DUAE revizuit depus de aceasta, conform celor precizate în motivare, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

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

...