

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 21/18.01.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /19.05.2022, depusă de ..., lider al asocierii ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului ..., CUI ..., reprezentată prin ... și convențional de ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva rezultatului evaluării informațiilor din cuprinsul formularului DUAE comunicat în data de 11.01.2024 cu adresa nr. 62/10.01.2024, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, privind procedura simplificată, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare drumuri de interes local în ..., ...”, cod CPV 45233140-2, s-a solicitat admiterea contestației și pe cale de consecință:

-în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea 101/2016, anularea adresei contestate și obligarea Autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depuse de ASOCIEREA ...

-în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației;

-în temeiul prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, acces la dosarul constituit la Consiliu.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... reclamă rezultatul evaluării informațiilor din cuprinsul formularului DUAE învederând următoarele:

La procedura de atribuire în cauză au depus oferte, în interiorul termenului stabilit de autoritatea contractantă, un număr de 3 (trei) operatori economici, astfel:

- ASOCIEREA ...;

- ...;
- ASOCIEREA ...

Ulterior depunerii ofertelor în cadrul procedurii de atribuire, întrucât din denumirea contractului invocat în formularul DUAЕ pentru a face dovada îndeplinirii experienței similare nu ar rezulta experiența similară de tipul solicitat prin documentația de atribuire, prin adresa nr. 33 din 08.01.2024 - ANEXA NR. 2 comisia de evaluare a solicitat contestatorului următoarele documente:

- copie după contractul nr. PKGRN20210018.1/29.04.2021 având ca obiect „SISTEMATIZARE VERTICALĂ - CENTRU COMERCIAL VALUE CENTER PROIEȘTI"
- copie după procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1/08.06.2022.

Pentru a răspunde solicitării comisiei de evaluare, contestatorul a transmis acesteia adresa nr. 2 din 09.01.2024 - ANEXA NR. 3, împreună cu înscrisurile solicitate, din cuprinsul acestora rezultând îndeplinirea cerinței minime de calificare privitoare la experiența similară, astfel cum este aceasta solicitată prin documentația de atribuire.

Cu toate acestea, dând dovadă de un formalism excesiv, pe baza unei analize superficiale a înscrisurilor prezentate în susținerea experienței similare, dar și cu încălcarea prevederilor legislației în materia achizițiilor publice care reglementează instituția experienței similare, iar nu „identice", a celor care prevăd natura clară a solicitărilor de clarificări, dar și a dispozițiilor referitoare la comunicarea rezultatului procedurii (fiind abrogate dispozițiile privind comunicările intermediare), comisia de evaluare a transmis comunicarea contestată, prin care contestatorul a fost informat cu privire la faptul că oferta sa a fost respinsă ca INACCEPTABILĂ, în baza art. 134 alin. (5) din H.G. 395/2016, având în vedere că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul nu a putut dovedi experiența similară în domeniul construcțiilor de drumuri la valoarea solicitată prin documentația de atribuire.

Consideră petentul decizia autorității ca fiind netemeinică și nelegală, fiind luată pe baza unui formalism excesiv, și în urma realizării unei analize superficiale a înscrisurilor prezentate de ofertant în susținerea experienței similare, dar și cu încălcarea prevederilor legislației în materia achizițiilor publice care reglementează instituția experienței similare, iar nu „identice", a celor care prevăd natura clară a solicitărilor de clarificări, dar și a dispozițiilor referitoare la comunicarea rezultatului procedurii (fiind abrogate dispozițiile privind comunicările intermediare), aspect pentru care, în continuare, arată Consiliului motivele de fapt și de drept pentru care se impune admiterea contestației și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ASOCIEREA ... de la etapa verificării admisibilității acesteia.

Astfel, așa cum rezultă din comunicarea cărei anulare o solicită contestatorul, comisia de evaluare a considerat răspunsul la clarificare ca fiind neconcludent pentru următoarele motive:

1. Din documentele prezentate nu rezultă că ofertantul a executat lucrări de drumuri în cadrul contractului nr. PKGRN 20210018.1 din 29.04.2021, având ca obiect „Sistematizare verticală - Centru Comercial Value Center Ploiești";

2. Din cuprinsul contractului rezultă că ofertantul urma să execute următoarele categorii de lucrări: Rețele exterioare (electrice + sanitare inclusiv canalizare îngropată), Terasament pardoseală, Sistemalizare verticală, fără a se specifica ponderea fiecărei categorii de lucrări și fără a fi evidențiat în vreun fel că obiectul contractului s-ar referi la lucrări de drumuri. Din analiza documentelor contractului nu s-a putut evidenția care lucrări pot fi asimilate lucrărilor de drumuri publice și dacă ponderea acestora se încadrează în valoarea solicitată ca experiență similară, având în vedere ANEXA 4 la contract care conține un deviz de lucrări la care ofertantul ... semnează ca beneficiar și care conține o serie de categorii de lucrări ce nu au legătură cu lucrările de drumuri. De asemenea, din documentele prezentate nu pot fi evidențiate categoriile de lucrări ce pot fi asimilate lucrărilor de drumuri, întrucât devizele conțin materiale și lucrări aferente altor categorii de activități cum ar fi: montaj stâlpi de electricitate, pardoseala pentru magazinul Carrefour, amenajare de spații verzi, platforme betonate, curți interioare, demolări de construcții existente sau așternere de balast concasat rezultat din demolarea construcțiilor, trotuare și alei betonate, etc.

3. Suma declarată în DUAE este de 14.484.397, 55 lei fără TVA. Această sumă transformată, la un curs mediu de 1Eur = 4,95 lei, rezultă o valoare de 2.926.140,81 EUR. Valoarea contractului prezentat ca experiență similară este de 1.895.000 EUR, ceea ce înseamnă, la același curs, 9.380.250,00 lei. Suma nu corespunde cu cea declarată în DUAE.

4. Analizând procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor, comisia de evaluare a constatat că acesta s-a încheiat cu încălcarea Legii 10/95, privind calitatea în construcții, art. 2, art. 6, art. 7 alin (1),(2), art. 9 lit. i și art. 20, raportate la H.G. 343/2017 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora. Neconformitatea procesului-verbal constă în faptul că din cadrul comisiei de recepție nu fac parte dirigintele de șantier și reprezentantul ISC, care au atribuții clare, stabilite atât prin Legea 10/95 privind calitatea în construcții cât și prin H.G. 343/2017 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora.

Se apreciază de către petent că concluziile comisiei de evaluare sunt netemeinice și nelegale, sens în care la evaluarea ofertei solicită Consiliului să aibă în vedere informațiile de la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, în conformitate cu care:

„Ofertantul va completa în cadrul secțiunii corespunzătoare în cadrul DUAE lucrările propuse ca experiență similară executate în ultimii 5 ani din care să rezulte că prin lista prezentată, ofertantul a executat și finalizat lucrări similare obiectului procedurii de achiziție, respectiv lucrări de construcții de drumuri, în valoare de minimum 9.000.000,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract similar.”

În același sens, în conformitate cu prevederile art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017:

„Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție

sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității si/sau scopului."

Practic, noțiunea de experiență similară nu poate fi considerată ca experiență identică, întrucât similar înseamnă asemănător, analog, echivalent, comparabil, nu identic, iar solicitarea unei experiențe identice cu activitățile presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit contravine principiilor în materia achizițiilor publice .

În acord cu cele afirmate anterior sunt și considerentele reținute de CNSC în Decizia nr. 43/C11/4450, 4543 din data de 08.01.2018, conform cărora:

"Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a precizat în documentația de atribuire care sunt tipurile de lucrări care vor fi considerate ca fiind similare, lăsând astfel la latitudinea ofertanților aprecierea din acest punct de vedere, existând posibilitatea ca aceștia să poată prezenta și alte lucrări în cazul unei definiții mai exacte a termenului „similar".

Ca urmare, nu se reține, în soluționare, susținerea autorității contractante, legată de faptul că lucrările de construcție a platformelor de colectare nu pot fi acceptate deoarece au fost încadrate că lucrări de peisagistică, în condițiile în care există similitudini semnificative cu lucrările ce fac obiectul prezentului contract de achiziție publică.

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu motivează în mod concret de ce nu a luat în considerare recomandările și alte documente emise de către beneficiari, cuprinzând date privind procentul sau valoarea lucrărilor realizate de ofertanții participanți la prezenta procedură de atribuire, ca fiind confirmări a lucrărilor executate de aceștia în cadrul contractelor aferente, deși acest tip de documente se încadrează atât în prevederile legale mai sus menționate, cât și în prevederile documentației de atribuire, lipsa unor procese-verbale de recepție parțială sau a acordurilor de asociere avizate de beneficiari neputând conduce la neacceptarea că documente doveditoare a recomandărilor emise de beneficiari, buna-credință a emitenților fiind prezumată și nu poate fi înfrântă decât prin prezentarea de dovezi obiective.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă a aplicat procentele existente în acordurile de asociere asupra tuturor lucrărilor, deși valorile de mai sus se referă la părți ale respectivelor contracte, fără a lua în considerare faptul că uzual asociații execută fiecare anumite categorii de lucrări, respectiv cele pentru care au dotarea tehnică și umană necesare, existând astfel posibilitatea ca un asociat să fi executat toate aceste lucrări similare.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv în evaluarea ofertelor contestatoarelor, încălcând principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 din legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, fără a lua în considerare că scopul formulării acestei cerințe este verificarea capacității acestora de a executa lucrările cu respectarea cerințelor de calitate impuse prin caietul de sarcini, reținut fiind și faptul că unele dintre obiectele contractelor prezentate sunt

practic identice cu obiectul contractului de achiziție publică în cauză, iar din cadrul celorlalte proiecte au fost selectate lucrările similare, fiind demonstrată experiența ofertanților din acest punct de vedere."

Mai mult, în conformitate cu prevederile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare."

După cum rezultă din cuprinsul fișei de date a achiziției, pentru a se asigura că viitorul contractant are posibilitatea concretă de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, autoritatea contractantă a solicitat ca fiecare ofertant să facă dovada că a executat lucrări similare, iar nu identice cu cele prevăzute în caietul de sarcini.

Or, contrar celor reținute de autoritatea contractantă în cuprinsul comunicării contestate, prin înscrisurile anexate răspunsului la solicitarea de clarificare, contestatorul susține că a făcut deplina dovadă a îndeplinirii experienței similare.

Astfel, odată cu contractul invocat drept experiență similară, existent la pag. pag. 3-31 anexate răspunsului, asocierea a atașat și anexele 1-5, din cuprinsul acestora rezultând următoarele:

- În anexa nr. 2, pag 32, este specificat în mod clar tipul lucrărilor contractului invocat drept experiență similară - cap. SCOPUL LUCRĂRILOR: TERASAMENTE; PARCĂRI, DRUMURI SI TROTUARE; SEMNALIZARE RUTIERĂ.

- În anexa nr. 5, pag 39-40, sunt defalcate lucrările pe subactivități cu prețurile aferente care formează prețul inițial al contractului:

- a) Lucrări de drum: terasamente; structură drum; semnalizare rutieră după terminarea lucrărilor = 1.582.079,86 euro - pag. 39;

- b) Fundații, pardoseli și rampe = 276.668,81 euro - pag. 40;

- c) Organizare de șantier = 36.251,34 euro;

Total valoare contract = 18.895.000,00 euro, valoare ce se regăsește la pag. 3, cap. OFERTĂ din contract.

Drept urmare, în contradicție totală cu concluziile autorității contractante, rezultat al evaluării superficiale a informațiilor din documentele transmise cu răspunsul la solicitarea de clarificare, se observă că în cadrul contractului invocat drept experiență similară au fost executate inclusiv lucrări similare de drumuri.

Pentru aceeași rațiune nefondată este și concluzia din comunicarea contestată potrivit cu care în contractul invocat în formularul DUAЕ s-ar regăsi lucrări de rețele electrice și sanitare, terasamente pardoseală, sistematizare verticală fără a specifica ponderea fiecărei lucrări în contract.

Aceasta deoarece, așa cum a arătat petentul mai sus, aspect care cu ușurință rezultă din înscrisurile depuse odată cu răspunsul la solicitarea de clarificare, anexate și prezentei contestații, toate lucrările

din cadrul contractului, lucrările care formează prețul contractului sunt lucrări similare/specifice lucrărilor de drumuri, aspect rezultat din subactivitățile din anexa 5 (pag 39-40).

Deși pentru respingerea ofertei comisia de evaluare face referire la anexa 4 la contract, aceasta omite cu desăvârșire că prețul contractului este format numai din lucrări de drumuri conform anexei 5.

Eronate sunt și susținerile privitoare la semnăturile care se regăsesc pe anexa 4 la contract, dat fiind că, la o simplă verificare a acestei anexe, se poate constata cu ușurință că este semnată de către ... și ..., fără ca reprezentantul asociatului ... să semneze în locul beneficiarului.

Pentru a proceda la respingerea ofertei depuse de ASOCIEREA ... mai arată autoritatea contractantă în comunicarea a cărei anulare o solicită petentul că suma declarată în DUAЕ este de 14.484.397, 55 lei fără TVA, sumă care, transformată în euro la un curs mediu de 1Eur = 4,95 lei, rezultă o valoare de 2.926.140,81 EUR. Valoarea contractului prezentat ca experiență similară este de 1.895.000 EUR, ceea ce înseamnă, la același curs, 9.380.250,00 lei, sumă care nu corespunde cu cea declarată în DUAЕ.

Și această concluzie reflectă intenția clară a autorității contractante de a respinge oferta depusă de ASOCIEREA ..., încă de la etapa verificării informațiilor din formularul DUAЕ, în condițiile în care, în raport de valoarea solicitată drept experiență similară de 9.000.000,00 lei fără TVA, cerința de calificare oricum era îndeplinită, comisia de evaluare având obligația fie de a ne solicita, cu respectarea prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 depunerea unui formular DUAЕ revizuit, fie de a lua în considerare la evaluarea ofertei asocierii exclusiv valoarea lucrărilor din contract considerate similare.

Pe de altă parte, suma declarată în formularul DUAЕ de 14.484.397,55 lei fără TVA reprezintă suma din Procesul verbal de recepție la sfârșitul lucrărilor (pag. 1-2 din documentele anexate răspunsului), sumă rezultată în urma actelor adiționale la contract, astfel:

- Act adițional 1 : suplimentare 28.779,70 euro - valoare finală = 1.923.779,70 euro (pag. 62);

- Act adițional 2 : suplimentare 390.855,18 euro - valoare finală = 2.314.634,88 euro (pag. 65)

- Act adițional 3 : suplimentare 40.440,00 euro - valoare finală = 2.355.074,88 euro (pag. 68)

- Act adițional 4 : suplimentare 378.015,93 euro - valoare finală = 2.733.090,81 euro (pag. 71)

- Act adițional 5 : renunțare 11.071,45 euro - valoare finală = 2.722.019,36 euro (pag. 74)

- Act adițional 6 : suplimentare 235.055,54 euro - valoare finală = 2.957.065,91 euro (pag. 75)

Valoarea la care face referire comisia de evaluare de 2.926.140,81 euro este incorect calculată, deoarece paritatea leu-euro nu s-a calculat la aceeași valoare de schimb valutar, ci fiecare factură s-a calculat la cursul euro valabil la data facturării și nu la data inițială de la semnarea contractului, conform alineat 14.7 din contract (pag. 7) și pct. 14.15 din Anexa 1 (pag. 25), aspect care rezultă și din centralizatorul facturilor - pag. 107, unde se observă în mod clar că fiecare factură a avut o paritate

leu-euro diferită. Drept urmare, contrar calculelor realizate de comisia de evaluare, valoarea finală în lei a lucrărilor executate în cadrul contractului prezentat drept experiență similară este cea declarată în DUAE = 14.484.397,55 lei, acesta fiind formată din lucrări caracteristice lucrărilor de drumuri, aspect care rezultă din anexa 5 la contract și din actele adiționale la acesta.

Ultimul aspect pentru care răspunsul a fost considerat neconcludent a constat în faptul că procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor s-ar fi încheiat cu încălcarea Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, art. 2, art. 6, art. 7 alin (1),(2), art. 9 lit. i) și art. 20, raportate la H.G. 343/2017 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, neconformitatea procesului-verbal constând în faptul că din cadrul comisiei de recepție nu fac parte dirigintele de șantier și reprezentantul ISC, care au atribuții clare, stabilite atât prin Legea nr. 10/1995, cât și prin H.G. 343/2017.

Asemenea afirmații sunt formulate cu depășirea competențelor comisiei de evaluare, în condițiile în care, în lipsa oricărei hotărâri judecătorești prin care să fie reținută posibila nelegalitate a respectivului proces-verbal de recepție, acesta se bucură de prezumția de legalitate și autenticitate, iar autoritatea contractantă avea obligația de a-l lua în considerare.

Pe de altă parte, rolul dirigintelui de șantier a fost asumat de către reprezentantul ..., respectiv dl. Mirică Valentin care semnează procesul-verbal, conform Anexa 1 la contract (pag. 12), pct 2.3 - Personalul Beneficiarului.

Contestatorul susține că toate aceste aspecte mai sus menționate fac dovada deplină a faptului că, prin contractul invocat drept experiență similară și prin înscrisurile depuse odată cu răspunsul la solicitarea de clarificare asocierea al cărei lider este, a făcut dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare privitoare la experiența similară, decizia autorității contractante fiind netemeinică și nelegală.

În egală măsură, contestatorul arată faptul că, inclusiv în cuprinsul Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, a fost prevăzut, în cadrul art. 11 alin. (3), că pentru dovedirea experienței similare, autoritatea poate solicita ofertanților prezentarea documentelor de tipul celor prezentate de contestator în cadrul procedurii, respectiv procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor.

Art. 11 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017:

"(3) Cerința de calificare se va formula făcându-se referire la lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani calculată conform art. 13, prin această sintagmă înțelegându-se:

a) lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

b) lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau

c) *lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală.*"

Contestatorul precizează că la soluționarea contestației nu trebuie omis nici faptul că, în baza rolului activ ce revine comisiei în procesul de evaluare a ofertelor, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectului în cauză, iar nu să ia măsura total disproporționată a respingerii ofertei ca inacceptabile, inclusiv prin clarificarea neclarităților avute în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Aceasta întrucât, potrivit practicii CNSC *„Autoritatea contractantă ar trebui să-si exercite în mod corect rolul activ si să iasă de sub imperiul formalismului exagerat, interpretării strict textuale si scolastice a documentației de atribuire si să analizeze oferta în ansamblul sau, ca un tot unitar si sistematic, iar nu pe bucăți"* .

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, *„[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte si circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă si este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o oferta în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri. [...]"*.

În cazul de față, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, atunci când a reținut că acesta nu a îndeplinit cerința privind experiența similară, cu toate că informațiile din anexa 5 la contractul de lucrări demonstrează că asociatul a executat lucrări de drum.

Nu trebuie omis în opinia petentului nici faptul că, în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, legislația achizițiilor publice este guvernată de principiul proporționalității, ceea ce presupune că, orice măsură de excludere ar trebuie fundamentată în mod corespunzător și întemeiată pe motive concrete de respingere.

Ca expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unui singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Se menționează că în prezenta procedură de atribuire este mai mult decât evident că activitatea comisiei de evaluare a fost concentrată spre eliminarea din competiție a ofertei depuse de către ASOCIEREA ..., aceasta în condițiile în care, în prezent, autoritatea contractantă nu mai are dreptul de a transmite comunicări intermediare, alineatul (3) din

Articolul 65, Paragraful 1, Secțiunea a 5-a, Capitolul III din HG nr. 395/2016 fiind abrogat de Punctul 45, Articolul V din HG nr. 419 din 8 iunie 2018, publicată în MONITORUL OFICIAL nr. 496 din 18 iunie 2018.

Drept urmare, în acord cu prevederile art. 215 din Legea nr. 98/2016, obligația comisiei de evaluare este aceea de a informa participanții la procedura de atribuire despre rezultatul acesteia, fiind interzisă comunicarea intermediară după fiecare dintre fazele de verificare a ofertelor.

Mai mult, potrivit art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...).”

În virtutea prevederilor legale de mai sus, comisia de evaluare avea obligația de solicita clarificări suplimentare privind experiența similară, evitând astfel luarea unei decizii nelegale.

Prin inițierea și derularea procedurilor de atribuire, autoritatea contractantă are ca scop semnarea contractului de achiziție publică, nu respingerea ofertelor primite, ca urmare, prin modul de analiză și de evaluare, aceasta trebuie să aibă certitudinea că ofertele respinse nu asigură respectarea cerințelor tehnice și de calitate enunțate în caietul de sarcini, fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punctul de vedere al obiectului, motivate, prin raportare la prevederile documentației de atribuire și cu un termen de răspuns adaptat.

Similar a fost reținut de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012, astfel:

„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art. 35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanța, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.”

În concluzie, contestatorul arată că toate aceste aspecte fac dovada deplină a faptului că legalitatea procedurii de atribuire a fost afectată, motiv pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 209/31.01.2024 înregistrată la CNSC cu nr. 6141/31.01.2024, autoritatea contractantă formulează *Punct de vedere* cu privire la contestația depusă de ..., precizând următoarele:

Cu privire la experiența similară a petentei care trebuia să prezinte dovada că a executat și finalizat un contract de construcții pentru lucrări de drumuri în valoare de minim 9.000.000 lei fără TVA în ultimii 5 ani raportați la data limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă susține că aceasta avea următoarele posibilități:

a- Să prezinte un contract de execuție sau de proiectare și execuție din care să rezulte că a executat și finalizat lucrări de drumuri în valoare totală de 9.000.000 lei fără TVA;

b- Să utilizeze un angajament de terț susținător pentru un contract de 9.000.000 lei pentru lucrări de drumuri, sau:

c- Să demonstreze că în raport cu cota sa de participare în asocieri valoarea lucrărilor executate de aceasta în cadrul contractului este de minim 9.000.000 lei fără TVA.

Însă, în cadrul DUAE petenta a invocat susținerea unui terț pentru un contract de "sistematizare verticală pentru un centru comercial". Urmare acestui fapt, Comisia de evaluare a solicitat clarificări referitor la suspiciunea că experiența similară prezentată nu ar fi de natura celei solicitate prin documentația de atribuire și anume - lucrări de drumuri.

Autoritatea contractantă învederează că din lectura contractului cu greu se poate distinge ce anume categorii de lucrări s-au executat, ce valoare au actele adiționale și la ce categorii de lucrări se referă, având în vedere că inițial contractul prevedea "rețele edilitare, inclusiv electrice, sanitare, canalizare îngropată, platforme, terasament pardoseală, inclusiv sistematizare verticală". De asemenea, valoarea totală a lucrărilor a fost stabilită la suma de 1.895.000 euro fără TVA. Autoritatea constată că nu se pune problema de vreo componentă de drumuri în cadrul acestui contract. Comisia a observat că există 7 anexe la acest contract, iar abia în anexa 6 apar o serie de lucrări de terasamente, trotuare și drumuri de acces cu vehicule de maxim 3,5 t. În devizul de lucrări, valoarea totală a acestor categorii se ridică la 1.582.079 euro fără TVA din care fac parte și lucrări de amenajare platforme betonate, pavaje, trotuare din ciment, amenajări din pământ vegetal, umpluturi cu beton concasat, etc. Chiar și în această situație, valoarea totală de 1.572.079 de euro reprezintă, la un curs de 4.95 RON/1 Euro, o valoare de 7.781.791,05 RON, insuficientă pentru a fi declarat eligibil la aceasta cerința.

De asemenea, în cadrul contractului sunt prezentate o serie de documente ilizibile, o serie de facturi care, fie nu specifică ce categorii de lucrări au fost executate, fie sunt amestecate lucrări de drumuri cu alte categorii de lucrări, iar în final este prezentat un centralizator cu o valoare totală de 14.484.397,55 lei fără TVA care este compus din 11 așa-zise facturi fără a se preciza ce categorii de lucrări au fost cuprinse în acestea.

Prin urmare, Comisia de evaluare nu a putut identifica în cadrul acestui contract, lucrări de drumuri în valoare de minim 9.000.000 lei fără TVA.

În altă ordine de idei, dovada ducerii la bun sfârșit a lucrărilor se face prin încheierea unui proces verbal de recepție la terminarea

lucrărilor care în conformitate cu Legea 10/1995 și cu HG 343/2017 trebuie semnat de Dirigintele de șantier și de reprezentantul ISC. Autoritatea contractantă reține că despre aceste neconformități petenta nu a făcut niciun fel de obiecții în cadrul contestației.

Cu privire la noțiunea de lucrări similare, Autoritatea consideră că petenta se pune în mod intenționat într-o gravă eroare. În conformitate cu instrucțiunile ANAP, Comisia de evaluare trebuie să identifice în cadrul unui contract complex care este ponderea lucrărilor similare, nu să considere toată valoarea unui contract ce conține și alte categorii de lucrări (rețele edilitare de exemplu) ca fiind lucrări similare cu cele solicitate prin documentația de atribuire.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să analizeze documentele prezentate și să constate că valoarea așa-ziselor lucrări de drumuri din cadrul contractului prezentat nu se ridică la nivelul celei solicitate prin documentația de atribuire.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de ... ca neîntemeiată.

Cu adresa nr. 61/19.02.2024 înregistrată la Consiliu sub nr. 10196/19.02.2024, ... depune factura seria și nr. SD0062 din 15.02.2024 în valoare de 7.735,00 lei, reprezentând onorariu avocat/asistență juridică pentru dosarul 147/C10/2024.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 4385/23.01.2024, ... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209883551/1 din 19.01.2024, emisă de CEC Bank SA – Sucursala Alexandria, în valoare de 88.000,00 RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare drumuri de interes local în ..., ...”, cod CPV 45233140-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1132184/02.10.2023, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În Procesul verbal de evaluare/vizualizare DUAE nr. 32/08.01.2024, s-a consemnat depunerea a 3 oferte, printre care și a contestatorului, precum și faptul că acesta nu a îndeplinit cerințele privind experiența similară de tipul solicitat prin documentația de atribuire, motiv pentru care s-au solicitat clarificări.

Împotriva comunicării nr. 62/10.01.2024, privind rezultatul evaluării informațiilor din cuprinsul formularului DUAE, ... a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. 147/2024.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația ..., pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, ... critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei asocierii ... - ... - ... ca inacceptabilă, considerând-o lipsită de temei legal.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins oferta asocierii ... - ... - ... întrucât aceasta nu ar îndeplini cerințele din fișa de date a achiziției privind experiența similară.

Totodată, Consiliul reține că în fișa de date a achiziției pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

„Ofertantul va completa în cadrul secțiunii corespunzătoare în cadrul DUAE lucrările propuse ca experiență similară executate în ultimii 5 ani din care să rezulte că prin lista prezentată, ofertantul a executat și finalizat lucrări similare obiectului procedurii de achiziție, respectiv lucrări de construcții de drumuri, în valoare de minimum 9.000.000,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract similar.”

Pentru dovedirea experienței similare, ofertantul asocierii ... - ... - ... a precizat în DUAE contractul nr. PKGRN20210018.1/29.04.2021 având ca obiect „SISTEMATIZARE VERTICALĂ - CENTRU COMERCIAL VALUE CENTER PROIEȘTI”

Pentru demonstrarea experienței similare, având în vedere denumirea contractului precizat în DUAE raportat la cerințele fișei de date, autoritatea contractantă a solicitat prin adresa nr.33/08.01.2024 clarificări ofertantului, respectiv prezentarea următoarelor documente:

- copie după contractul nr. PKGRN20210018.1/29.04.2021 având ca obiect „SISTEMATIZARE VERTICALĂ - CENTRU COMERCIAL VALUE CENTER PROIEȘTI”

- copie după procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1/08.06.2022.

Contestatorul a transmis răspunsul la solicitări prin adresa nr.2/09.01.2024, împreună cu înscrisurile solicitate.

Deși contestatorul susține că ar fi îndeplinit criteriul de calificare privind experiența similară, așa cum a fost precizat în fișa de date a achiziției, Consiliul apreciază că aceste susțineri sunt eronate.

Astfel, contractul prezentat prevedea lucrări de rețele edilitare, inclusiv electrice, sanitare, canalizare îngropată, platforme, terasament pardoseală, inclusiv sistematizare verticală pentru un centru comercial. Chiar dacă în acest contract ar fi existat și o componentă de drumuri, acestea, pe de o parte, nu pot fi încadrate în categoria lucrări de drumuri iar pe de altă parte, deși pot exista în acest contract niște lucrări conexe (partea de acces la obiectiv) în nici un caz nu pot fi considerate „lucrări similare”, așa cum autoritatea contractantă a solicitat în fișa de date a achiziției.

În opinia Consiliului, în situația în care contestatorul avea nemulțumiri/nelămuriri cu privire la conținutul documentației de atribuire (respectiv la modalitatea de îndeplinire a cerinței privind experiența similară), acesta avea posibilitatea să îl conteste, evident în termenul legal, ceea ce în cauză nu s-a întâmplat.

Pe de altă parte, chiar și în situația în care s-ar aprecia că ar exista o parte de lucrări de drumuri, respectiv lucrări de terasamente, trotuare

și drumuri de acces cu vehicule de maxim 3,5 t, în devizul de lucrări prezentat valoarea totală a acestor categorii se ridică la 1.582.079 euro fără TVA, sumă precizată de însuși SC ... („*Lucrări de drum: terasamente; structură drum; semnalizare rutieră după terminarea lucrărilor = 1.582.079,86 euro*”-pag.6 din cuprinsul prezentei decizii), lucrări care nu acoperă valoarea solicitată în fișa de date a achiziției. De altminteri, Consiliul reține că, tot în fișa de date a achiziției, pct. III.1.3.a), autoritatea contractantă a mai precizat următoarele: „*Pentru echivalența leu/valută se va lua în calcul cursul mediu anual comunicat de BNR pentru anii 2022, 2021, 2020, 2019, 2018. Experiența similară trebuie să privească lucrări de drumuri.*” Potrivit informațiilor existente pe pagina de internet a acestei instituții, valoarea medie EUR (exprimată în lei) pentru întreg anul 2021(anul încheierii contractului nr. PKGRN20210018.1/29.04.2021) este 4.9204 lei iar valoarea medie EUR (exprimată în lei) pentru întreg anul 2022 (anul încheierii procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1/08.06.2022) este 4.9315 lei.

Totodată, Consiliul mai reține că autoritatea contractantă a procedat în mod corect și în ceea ce privește faptul că a încercat să identifice în cadrul acestui contract care ar putea fi ponderea (în extremis) a lucrărilor similare și nu a luat în considerare valoarea totală a contractului care conținea cu totul alte tipuri de lucrări decât cele solicitate în fișa de date a achiziției ca experiență similară.

Consiliul nu poate primi ca întemeiate nici susținerile contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă ar fi trebuit să îi ceară clarificări suplimentare întrucât, pe de o parte, contestatorul avea obligația să depună diligențele necesare demonstrării îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, iar, pe de altă parte, o nouă solicitare de clarificări, în acest caz, ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea acestuia și, oricum, nu ar fi putut avea ca finalitate dovedirea experienței similare, așa cum a fost solicitată în fișa de date a achiziției.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că oferta asocierii ... - ... - ... nu a îndeplinit cerințele din fișa de date a achiziției privind experiența similară, astfel că criticile formulate de ... apar ca fiind neîntemeiate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu

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 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.