C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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) și ale art. 27 alin. (1) 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 117/03.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. …, formulată de către de SC ... SRL, cu sediul în …, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. …, având CUI RO …, reprezentată legal prin administrator …, în calitate de lider al Asocierii SC ... SA – SC ... SRL, împotriva adresei nr. 337/15.03.2018, privind comunicarea rezultatului procedurii, prin care oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă, precum și a adresei nr. 344/29.03.2018 – răspunsul la notificarea prealabilă, emise de ..., cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„...”*, s-au solicitat:

„ - Anularea comunicării rezultatului procedurii nr.337/15.03.2018 prin care oferta Asocierii SC … SRL - SC ... SA a fost declarată respinsă fiind considerată inacceptabilă;

- Anularea adresei nr.344/29.03.2018 - răspunsul la Notificarea prealabilă;

- Adoptarea măsurilor de remediere;

- Continuarea procesului de evaluare a ofertei”.

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

Prin contestația nr. 117/03.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. …, SC ... SRL, în calitate de lider

al Asocierii SC ... SA – SC ... SRL, critică adresa nr. 337/15.03.2018 privind comunicarea rezultatului procedurii, prin care oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă, precum și adresa nr. 344/29.03.2018 – răspunsul la notificarea prealabilă, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „**...**”, solicitând:

„ - Anularea comunicării rezultatului procedurii nr.337/15.03.2018 prin care oferta Asocierii SC … SRL - SC ... SA a fost declarată respinsă fiind considerată inacceptabilă;

- Anularea adresei nr.344/29.03.2018 - răspunsul la Notificarea prealabilă;

- Adoptarea măsurilor de remediere;

- Continuarea procesului de evaluare a ofertei”.

În preambul, contestatoarea precizează că a urmat procedura prealabilă în termenul legal.

Referindu-se la procedura „*…*”, contestatoarea susține că, în cadrul fișei de date a achiziției, la secțiunea III 2.3.a) pentru îndeplinirea capacității tehnice și/sau profesionale, autoritatea contractantă a solicitat experiență similară constând în lucrări similare în ultimii 5 ani, în valoare cumulată de cel puțin 2.804.419,91 lei, la nivelul a minim un contract, și maximum 3 contracte, iar pentru îndeplinirea cerinței, asocierea a prezentat în DUAE experiență similară constând în trei contracte, în valoare cumulată de 3.082.368 lei, fără TVA, după cum urmează:

- Contract nr. 10437/09.12.2014 - „*Extinderea alimentării cu apă potabilă și extinderea canalizării și epurării apelor uzate în comuna …*”;

- Contract nr. 11/10.02.2016 - „*Înființarea sistemului de alimentare cu apă pentru satele …*”;

- Contract nr. 5866/22.08.2016 - „*Extindere sistem de alimentare cu apă potabilă și extindere sistem de canalizare ape uzate în comuna …*”.

În legătură cu acest aspect, contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 292/07.02.2018, autoritatea contractantă i-a solicitat transmiterea unui DUAE revizuit în care să menționeze, pentru contractul nr. 10437/09.12.2014, suma din care a calculat procentul de 20%, reprezentând valoarea de 428.796,71 lei și ce anume reprezintă suma respectivă, solicitare la care a răspuns în data de 08.02.2018, menționând 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), constând în 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.

Suplimentar, menționează că la executarea acestor lucrări a fost asociat cu un procent de 20%.

De asemenea, arată că, în data de 15.03.2018, autoritatea contractantă a postat în SEAP adresa nr. 337, prin care a înștiințat-o că oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În această ordine de idei, considerând că decizia este consecința unei greșite evaluări și interpretări a datelor pe care le-a furnizat atât în DUAE inițial, cât și în DUAE revizuit, contestatoarea precizează că a formulat notificarea prealabilă nr. 94/19.03.2018, prin care a solicitat măsuri de remediere, 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%, deoarece valoarea lucrărilor executate efectiv pe componenta rețele alimentare cu apă a fost mai mare decât procentul de 20% care era menționat în acordul de asociere.

Contestatoarea subliniază că 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), indicată în DUAE revizuit.

Ca dovadă, contestatoarea invocă procesul-verbal nr. 13723/ 11.12.2017 și centralizatorul situațiilor de lucrări al contractului nr. 10437/09.12.2014, în care valoarea rețelei de apă este de 428.796,72 lei (fără TVA), astfel că procentul real executat este de 27,36%.

După ce susține că respingerea ofertei asocierii, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin.(5) din HG nr. 395/2016, este fără temei, întrucât răspunsul dat la solicitarea de clarificări nu poate fi catalogat drept „neconcludent”, contestatoarea subliniază 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, pentru a se lămuri asupra aspectului solicitat, astfel că trebuia să revină cu o nouă solicitare privind experiența similară. Suplimentar, asocierea contestatoare indică faptul că, la răspunsul oferit, în dovedirea procentului de 27,36%, a atașat și cele două documente antemenționate.

Spre finalul contestației, asocierea menționează că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv, precum și faptul că i-a transmis adresa nr. 341/22.03.2018, comunicându-i că a solicitat părerea unui expert în vederea lămuririi situației și stabilirii măsurilor de remediere ce se impun, iar prin adresa nr. 344/29.03.2018 i-a transmis că *„raportul expertului de specialitate nu identifică măsuri efective de remediere și că se menține decizia autorității contractante*”, răspuns față de care a decis să formuleze contestația ce face obiectul prezentului dosar.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, precum și cele ale Legii nr. 101/2016.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Prin adresa nr. 390/12.04.2018, înregistrată la CNSC sub nr. …, ... prezintă conținutul contestației, împreună cu informațiile din DUAE inițial, textul solicitării de clarificări, respectiv informațiile din DUAE revizuit, și susține că, pentru contractul nr. 10437/09.12.2014, pe componenta rețele alimentare cu apă, valoarea a fost mai mare decât procentul de 20% care era menționat în acordul de asociere, astfel încât solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, a fost justificată.

Referindu-se la procentul de 27,36%, ce se pretinde a fi luat în considerare ca experiență similară, adică suma de 428.796,71 lei (fără TVA), indicată în DUAE revizuit, autoritatea contractantă susține că aceasta este o informație care putea fi utilă comisiei de evaluare dacă era menționată în DUAE inițial sau, în ultimă instanță, în DUAE revizuit, eroarea aparținând ofertantului care a omis informarea comisiei de evaluare cu privire la această situație.

În aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă susține că omiterea prezentării acestor informații este un risc asumat al ofertantului, iar un răspuns evaziv, inconsistent, incomplet, poate atrage după sine neconformitatea și, implicit, pierderea competiției.

Răspunzând criticii asocierii, potrivit căreia solicitarea de clarificare a avut caracter pur formal, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respectiv *„dacă clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta va fi considerată inacceptabilă*", și susține că acestea au caracter imperativ, precum și principiile *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă) și *Nemo censetur legem ignorare* (Nimeni nu poate fi considerat că nu cunoaște legea).

Argumentând faptul că 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 să răspundă, autoritatea contractantă redă extrase din decizii ale C.N.S.C.

Suplimentar, referindu-se la faptul că în notificarea prealabilă, asocierea a menționat 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 nici un fel din DUAE revizuit prezentat ca urmare a solicitării de clarificări, autoritatea contractantă susține că acesta intră sub incidența situației de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă indică faptul că, pe pagina de „web https: //ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=ro" Serviciul de completare și reutilizare a DEAU, se menționează: *„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*".

În concluzie, autoritatea apreciază solicitările asocierii ca fiind echivoce și lipsite de temei, având ca singur scop întârzierea nejustificată a procedurii de achiziție ce este finanțată prin fonduri europene nerambursabile (Programul National de Dezvoltare Rurală - PNDR).

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

Ulterior, prin adresa nr. 395/ 18.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, ... a transmis, în copie, documente din dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 145/17.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, Asocierea SC ... SA – SC ... SRL a transmis Consiliului răspunsul la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, argumentând faptul că instituția ar fi trebuit să fie mai clară în formularea solicitării de clarificări, precum și faptul că procentul de 27,36% rezultă implicit din informațiile și actele pe care le-a prezentat.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „***...***” prin publicare, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ….

Valoarea estimată a contractului este de … lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „…”.

Prin Procesul verbal al ședinței de evaluare a documentelor depuse de către ofertanți nr. 336 din 12.03.2018, emis cu ocazia verificării DUAE revizuite depuse de către ofertanți, oferta depusă de către Asocierea SC ... SA – SC ... SRL a fost respinsă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei asocierii, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ... SA – SC ... SRL a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că nemulțumirea contestatoarei vizează adresa de comunicare nr. 337/ 15.03.2018, respectiv adresa nr. 344/29.03.2018, care reprezintă „Răspuns la notificarea prealabilă”, în cadrul căreia se menționează:

„Referitor la Notificarea prealabilă nr. 94/19.03.2018... prin care solicitați o serie de aspecte privind comunicarea rezultatului aferent procedurii de atribuire (...), menționăm următoarele:

1.Așa cum am precizat în adresa de răspuns nr. 342/22.03.2018 la notificarea prealabilă, ... autoritatea contractantă a solicitat opinia unui expert în vederea lămuririi situației și stabilirea măsurilor de remediere ce se impun.

Astfel, vă aducem la cunoștință faptul că, raportul expertului de specialitate nu identifică măsuri efective de remediere și că se menține decizia autorității contractante".

În opinia sa, motivele de inacceptabilitate ale ofertei, invocate de autoritate în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, nu se justifică, fiind consecința unei greșite evaluări și interpretări, din partea autorității, a datelor pe care le-a furnizat atât în DUAE inițial, cât și în cel revizuit.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 138/2004, modificată și completată cu Legea nr. 133/10.06.2017, care stabilesc: *„Organizaţiile de îmbunătăţiri funciare, denumite în continuare organizaţii, şi federaţiile de organizaţii de îmbunătăţiri funciare, denumite în continuare federaţii, beneficiare de finanţare publică nerambursabilă în procent de 100% pentru proiectele de investiţii declarate eligibile în cadrul Programului Naţional de Dezvoltare Rurală 2014-2020 sau alte fonduri publice,* ***au contractată***."

Prin urmare, soluționarea contestațiilor în cadrul cărora sunt criticate actele emise de aceste organizații (considerate autorități contractante), intră în competența de soluționarea a Consiliului, fiind aplicabilă Legea nr. 101/2016.

De asemenea, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP ce conțin eventuale modificări, prin faptul că au depus ofertă, respectivele reguli și rigori au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru Asocierea SC ... SRL – SC ... SA. Prin urmare, la acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În adresa de comunicare privind rezultatul procedurii, Consiliul constată că motivele care au stat la baza respingerii, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei sunt următoarele: *„(...) Față de DUAE transmis inițial de ofertant , Autoritatea contractantă a solicitat acestuia... în data de 07.02.2018, (...) să prezinte un DUAE revizuit unde să precizeze printre altele: Suma din care s-a calculat procentul de 20%. (...) În cuprinsul DUAE revizuit prezentat în SEAP, în data de 08.02.2018, ofertantul nu a menționat respectiva suma".*

Având în vedere criticile aduse pe acest aspect, Consiliul le va soluționa pe baza conținutului DUAE depus inițial și a informațiilor prezentate prin răspunsul la solicitarea autorității, respectiv la DUAE revizuit, raportat la prevederile documentației de atribuire și ținând seama de legislația în vigoare din domeniul achizițiilor publice.

Astfel, potrivit fișei de date, la cap. III.2.3.a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională,* la rubrica: *„Modalitatea de îndeplinire”,* a cerinței privind experiența similară, se menționează: *„(...) se va completa DUAE de către operatorii participanți ... cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante”.*

În etapa de evaluare a DUAE, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. 284/06.02.2018, prin care a stabilit că va solicita clarificări asocierii contestatoare cu privire la suma și partea executată din contractul nr. 11/10.02.2016. Astfel, prin adresa nr. 292/ 07.02.2018, autoritatea a cerut contestatoarei, printre altele următoarele: *„(...) 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*”.

Verificând DUAE depus inițial de asociatul SC ... SA, Consiliul constată că la Cap. C - *Capacitatea tehnică și profesională,* este menționat: „Contract nr. 10437/09.12.2014”, cu valoarea totală de 10.341.512 lei, *„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% (...) ”*.

Ulterior solicitării de lămuriri de mai sus, asocierea contestatoare a transmit DUAE revizuit pentru asociatul SC ... SA (înregistrat la autoritate cu nr. 304/12.02.2018), în cadrul căruia, la același capitol, au fost adăugate doar următoarele informații: *„(...) SC ... SA în cadrul contractului a executat următoarele lucrări: Rețea apă 5644 ml, din care 1359 ml țeavă PEHD DE 75, PN6; 2344 ml țeavă PEHD DE 63, Pn6; 1941 ml țeavă PEHD DE 50 Pn6. (...)*”.

Având în vedere răspunsul citat anterior, raportat la solicitarea autorității, respectiv să fie menționată suma *din care s-a calculat procentul de 20%, reprezentând valoarea de 428.796,71 lei, și ce anume reprezintă suma respectivă,* Consiliul constată că asocierea contestatoare nu s-a conformat dispozițiilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, în sensul prezentării unor clarificări/completări concludente și exacte, astfel că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, oferta acesteia.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul ține seama de faptul că, în loc să indice suma la care se aplică procentul de 20% ce conduce la obținerea unei valori de 428.796,71 lei, asocierea contestatoare s-a rezumat în a da informații tehnice asupra cărora autoritatea nu doar că

nu a avut nicio nelămurire, dar nu au avut legătură cu ceea ce i s-a cerut.

În aceste condiții, Consiliul nu reține ca fiind întemeiată afirmația contestatoarei potrivit căreia *„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 cu apă a fost mai mare decât procentul de 20% care era menționat în acordul de asociere",* deoarece tocmai pentru că era un calcul matematic simplu, responsabilitatea prezentării acestui *calcul*, precum și a sumei la care s-a aplicat procentul de 20% și ce reprezintă ea, îi revenea, în mod evident, Asocierii SC … SRL – SC ... SA.

De asemenea, Consiliul va respinge ca neîntemeiată și susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea ar fi trebuit să aplice dispozițiile art. 134 alin. (1) din HG nr. 3965/2016, astfel încât să revină cu o nouă solicitare, întrucât, pe de o parte, autoritatea s-a prevalat deja de această normă legală, prin adresa nr. 292/07.02.2018, dar răspunsul pe care la transmis SC … SRL a fost unul imprecis, iar pe de altă parte, autoritatea contractantă nu poate solicita la infinit lămuriri atunci când informațiile prezentate de contestatoare nu sunt clare și la obiect. Mai mult, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, stabilesc că: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat",* astfel că o nouă cerere de lămuriri din partea autorității, pe același aspect, ar fi condus, în mod evident, la încălcarea normei citate, precum și a principiului tratamentului egal statuat de art. 2 alin. (2) lit. b) din același act normativ.

În concluzie, luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC … SRL, lider al Asocierii SC … SRL – SC ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ….

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC … SRL, cu sediul în …, lider al Asocierii SC … SRL – SC ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă …, cu sediul în ….

Obligatorie.

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

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

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