CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 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 și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 106/C8/2477
Data: 21.01.2020

Prin contestația nr. 1044/19.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47196/19.11.2019, depusă de SC ..... SRL cu sediul în ....., , cu adresa de corespondență în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ....., CUI ....., reprezentată legal de administrator -..., formulată împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificări aferente loturilor 1 și 2, emis de ...-....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată pentru încheierea acordului- cadru având ca obiect „Servicii de catering pentru scoli în cadrul programului Educație pentru Viată în unitățile de învățământ preuniversitar din sectorul 1 al Municipiului .....", s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și la modificarea cerinței de calificare vizând experiența similara, pentru ambele loturi.

Prin încheierea nr. 1867/C8/2477 din 22.11.2019, Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, cererea SC ..... SRL, cuprinsă în contestația sa nr. 1044/19.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47196/19.11.2019, de suspendare a procedurii amintite.

Prin încheierea nr. 2071/C8/2477 din 19.12.2019, Consiliul a suspendat soluționarea contestației SC ..... SRL până la soluționarea definitivă a plângerii depusă de ...- ..... la Curtea de Apel ....., obiect al dosarului instanței nr. 6753/2/2019.

Pe rol se afla soluționarea repunerii pe rol a cauzei, cât și a contestației înaintată de SC ..... SRL.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL critică răspunsului consolidat la solicitările de clarificări.

Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că obligarea autorității contractante la prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor se impune prin prisma modificărilor impuse a fi aduse documentației de atribuire.

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 153 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor se impune și față de o eventuală suspendare a procedurii de atribuire.

Practica în SICAP este de a stabili în mod automat un nou termen de depunere a ofertelor, în urma ieșirii din starea de suspendare a procedurii. Așadar, în cazul în care autoritatea contractantă va suspenda procedura de atribuire în perioada de depunere a ofertelor, la revenirea din suspendare, procedura se va extinde cu o zi (perioadă stabilită automat de SICAP).

În cazul în care Consiliul nu dispune și prelungirea termenului de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă se va afla în imposibilitatea de a prelungi perioada de depunere a ofertelor ulterior desuspendarii procedurii.

Prin urmare, contestatoarea menționează că se impune obligarea autorității contractante la modificarea secțiunii IV.2.2) din anunțul de participare nr. CN1016031/16.10.2019, prin prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 10 zile de la data publicării în SICAP a modificărilor documentației de atribuire sau data desuspendarii în SICAP a procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă sau data soluționării contestației de către Consiliu și a comunicării deciziei Consiliului către părți, oricare dintre aceste date este ultima, astfel încât operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire să dispună de un interval de timp suficient pentru întocmirea ofertelor în mod corespunzător.

Autoritatea contractanta a inclus în documentația de atribuire prevederi nelegale, astfel cum reiese de la punctul III. 1.3 din fișa de date a achiziției și de la pct. III. 1.3.

Cerința minimă obligatorie privind experiența similara, astfel formulată, excede cadrului legal, deoarece solicită experiența identică și nu similară cu serviciile care fac obiectul contractului de achiziție publică.

Astfel, indiferent de tipul beneficiarului, prestatorul serviciilor de catering trebuie sa aloce același tip de resurse pentru a putea implementa un astfel de contract.

Cerința prin care se solicită ca „Ofertanții vor face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similara, prin prezentarea unei liste a serviciilor cu cele care fac parte din obiectul contractului respectiv - servicii de catering pentru scoli, realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 (trei) ani, raportată la nivelul unui contract sau maxim 3 contracte, respectiv: pentru lotul 1 de 4.223.219,20 lei pentru lotul 2 de 4.290.725,76 lei" este nelegală și abuzivă încălcând dispozițiile art.5 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Potrivit acestei prevederi, autoritatea contractanta este obligată să ia în considerare ca și experiență similara nu numai serviciile de catering identice, ci și serviciile de catering similare, separate sau chiar împreuna cu servicii de cantina, spre exemplu (de producere a preparatelor culinare) sau cu serviciile de organizare evenimente.

Cerința prin care se solicită ca serviciile similare să fi fost prestate doar către scoli este restrictivă atâta timp cât legislația în domeniul achizițiilor publice prevede clar că experiență dovedita trebuie să fie similara și nu identică și atâta timp cât legislația nu face distincție între tipul de beneficiar al serviciilor.

Prin răspunsul la solicitările de clarificări nr. 3180/11.11.2019, autoritatea contractanta a justificat cerința minima obligatorie privind experiență similara prin faptul că „acest proiect se adresează copiilor care necesita o alimentație sănătoasă bazata pe o nutriție echilibrata, atent pregătită și verificată".

Prin urmare se impune obligarea autorității contractante să se conformeze legislației în vigoare aplicabila la nivel național și să stabilească prin documentația de atribuire ca experiența similară a ofertantului în prestarea unor servicii similare de catering poate fi demonstrata cu contracte de servicii de catering prestate către orice beneficiar, nu numai către scoli și să reformuleze cerințe minima de calificare după cum urmează: „Ofertanții vor face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similara, prin prezentarea unei liste a serviciilor cu cele care fac parte din obiectul contractului respectiv - servicii de catering", urmând a fi eliminata mențiunea "pentru scoli".

Față de cele expuse, contestatoarea solicită Consiliul sa dispună admiterea contestației.

În drept, își întemeiază contestația pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016, precum și a celorlalte acte normative invocate in cuprinsul prezentei contestații, precum si pe instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr. 47493/2477/C8/20.11.2019, Consiliul a cerut autorității contractante un punct de vedere cu privire la solicitarea contestorului de suspendare a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 3283/21.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47754/22.11.2019, autoritatea contractantă a raspuns demersului, anexând dovada suspendării în SICAP a procedurii in cauză, solicitând Consiliului să ia act de aceasta.

Prin adresa nr. 49820/2477/C8/04.12.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante un punct de vedere privind aspectele de fond ale contestației depusă de SC ..... SRL, strategia de contractare, orice alte documente considerate edificatoare pentru soluționarea contestației.

De asemenea, prin adresele nr. 50012/2477/C8/05.12.2019 și nr. 50013/2477/C8/05.12.2019, Consiliul a cerut părților cauzei să comunice poziția față de incidenta dispozițiilor art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, privind suspendarea soluționării contestației aflate pe rolul Consiliului până la rămânerea definitivă a hotărârii care va fi pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 6753/2/2019, având ca obiect plângerea formulată de ...- .....

Prin adresa nr. 3457/09.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 50597/10.12.2019, autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere, menționând ca întrucât soluționarea prezentei contestații este în strânsă legătură cu soluționarea plângerii formulata de ...-..... pe rolul Curții de Apel ..... în dosarul nr. 6753/2/2019, având primul termen de judecată la data de 08.01.2020, și care privește aspecte de fapt și de drept dezlegate de Consiliu în legătură cu procedura de achiziție pentru atribuirea acordului cadru pentru servicii de catering pentru scoli necesare în cadrul programului "Educație pentru Viață" în unitățile de învățământ preuniversitar din Sectorul 1 al Municipiului ..... în perioada 14.10.2019- 07.08.2022 și care converg spre o eventuala autoritate de lucru judecat în virtutea art. 431 din Noul C.p.c, consideră că prezenta cauză se circumscrie prevederilor art. 25 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea nu a răspuns acestui demers al Consiliului.

Prin încheierea nr. 2071/C8/2477 din 19.12.2019, Consiliul a suspendat soluționarea contestației SC ..... SRL până la soluționarea definitivă a plângerii depusă de Administrația Unităților de Învățământ Preuniversitar și Unităților Sanitare Publice- ..... la Curtea de Apel ....., obiect al dosarului instanței nr. 6753/2/2019.

Prin adresa nr. 1644/2477/C8/15.01.2020, Consiliul a cerut părților cauzei, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și al art. 22 alin. (2) C. proc. civ., să comunice opinia față de repunerea pe rolul Consiliului a contestației SC ..... SRL, ținând seama de soluția definitivă pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 6753/2/2019, respectiv respingerea ca nefondată a plângerii formulată de autoritatea contractantă împotriva deciziei Consiliului nr. 2021/C8/2273/12.11.2019, decizie pronunțată în aceeași procedură de atribuire.

Contestatoarea, prin adresa nr. 39 din 16.01.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 1789 din 16.01.2020, a răspuns menționând următoarele:

"Având în vedere soluția definitivă pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 6753/2/2019, în care intimata a fost ... SRL, respectiv respingerea ca nefondată a plângerii autorității contractante..... și menținerea ca legală și temeinică a Deciziei CNSC nr. 2021/C8/2273/12.11.2019, prin care autoritatea contractantă a fost obligată la modificarea documentației de atribuire, solicit Consiliului:

1. În temeiul art. 413 al. 2 Cod procedura civilă, repunerea pe rol a contestației SC ..... SRL ce formează obiectul dosarului nr. 2477/C8/20.11.2019, urmare a faptului că, în prezent, a dispărut cauza care a dus la suspendarea dosarului, respectiv Hotărârea judecătoreasca pronunțată in data de 08.01.2020 in dosarul 6753/2/2019, de Curtea de Apel ....., este definitivă.

2. 2.1. Admiterea în tot a contestației SC ..... SRL, ce formează obiectul dosarului nr. 2477/C8/20.11.2019, pentru aceleași considerente cu cele pentru care a fost admisă contestația SC ..... SRL, prin Decizia CNSC nr. 2021/12.11.2019, in dosarul nr. 2273/C8/2019, având în vedere că cele doua contestații au fost formulate în aceeași procedură de atribuire și au avut aceleași capete de cerere. În acest sens, rugăm Consiliul sa observe că, prin admiterea contestației SC ..... SRL, nu se vor pronunța doua hotărâri contradictorii, in aceeași procedura de atribuire. 2.2. În subsidiar, in cazul in care nu veți admite contestația SC ..... SRL, va rugam sa o respingeți ca rămasa fără obiect având în vedere ca Decizia CNSC nr. 2021/C8/2273/12.11.2019 a rămas în vigoare, s-a menținut ca legală și temeinică si este obligatorie pentru autoritatea contractanta, care este obligată să o aducă la îndeplinire prin modificarea documentației de atribuire și stabilirea unei alte date-limită de depunere a ofertelor.

3. Restituirea, în original, a recipisei de consemnare nr. 205895391/1 în valoare de 170.278,90 lei, depusă pentru a face dovada constituirii cauțiunii în cuantumul prevăzut de lege".

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat procedura de licitație deschisa în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect «Servicii de catering pentru scoli în cadrul programului „Educație pentru viată" în unitățile de învățământ preuniversitar din Sectorul 1 al Municipiului .....», prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. CN 1016031 din 16.10.2019. Documentația de atribuire a fost publicata în SICAP odată cu anunțul de participare.

Împotriva documentației de atribuire, SC .... SRL a înaintat Consiliului contestația nr. 1176/25.10.2019 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43031/25.10.2019, și soluționată prin decizia nr. 2021/C8/2273 din data de 12.11.2019 în sensul: admiterii capătului de cerere principal din contestație; obligării autorității contractante ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei

Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să modifice documentația de atribuire în sensul celor indicate în motivarea prezentei decizii, să aducă modificările realizate la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SICAP și, daca este cazul, să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor; respingerii ca nefondat a capătului subsidiar de cerere vizând anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 3180 din 11.11.2019, autoritatea contractantă a postat clarificări privind documentația de atribuire.

Împotriva acestei adrese a autorității contractante, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 170.278,90 lei cu recipisa nr. 205895391/1 din 21.11.2019, emisă de CEC Bank SA – Sucursala Victoria), solicitând obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și la modificarea cerinței de calificare vizând experiența similara, pentru ambele loturi.

Examinând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, prin decizia sa anterioară, stabilea următoarele:

««A doua chestiune contestată se referă la faptul că autoritatea contractantă a impus ca cerința de calificare privind experiența similară să fie îndeplinită prin prestarea anterioară de servicii de catering pentru școli, fiind, în opinia sa, impusă o cerință de experiență identică, nu similară.

Cu privire la această chestiune, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016:

„(3) Autoritatea contractantă stabileşte numai cerinţe de participare care sunt necesare şi adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară şi competențele tehnice şi profesionale pentru a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(5) Toate cerinţele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi să fie proporţionale prin raportare la obiectul acestuia.”

- art. 29 din HG nr. 395/2016:

„(1) 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 şi de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

- art. 31 din HG nr. 395/2016:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricţiona participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit.”

Văzând aceste dispoziții, Consiliul reține că cerința de experiență similară are ca scop verificarea de către autoritatea contractantă a potențialului tehnic, financiar şi organizatoric pe care îl are operatorul economic, potenţial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini acordul-cadru şi de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Astfel, de interes este, pentru autoritatea contractantă, să verifice dacă participantul la procedură sa deține capacitatea de a face față unui acord-cadru de amploarea celui ce va fi încheiat, respectiv dacă acesta este în măsură să presteze serviciul de catering, fără să fie important pentru autoritate dacă prestările anterioare, invocate ca experiență, au fost realizate pentru școli sau alte entități. Consiliul nu va reține considerentele autorității referitoare la calitatea produselor care vor fi livrate în executarea acordului-cadru, deoarece aceste verificări sunt făcute prin prisma ofertei depuse, respectiv a produselor descrise de autoritate în caietul de sarcini și, la rândul său, de către ofertant prin propunerea tehnică înaintată.

În același spirit sunt de reținut și cele consemnate de către autoritatea de reglementare în achiziții publice, Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în Instrucțiunea sa nr. 2/2017, art. 5:

«(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienţei similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiţia, fiind necesar să fie permise şi cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau scopului.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta. Se vor evita formulările de tipul "ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract ....." sau "a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV XXXXX".»

Drept urmare, pentru a nu restrânge în mod artificial concurența, pentru considerente care sunt interzise atât prin interpretarea textelor de lege, cât și prin interpretarea dată de autoritatea de reglementare, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă urmează să elimine din textul cerinței de calificare privind experiența similară, pentru ambele loturi, sintagma „pentru școli”.»»

Așa cum se observă din conținutul contestatiei înaintate de SC ..... SRL, această societate urmăreste, pe lânga prelungirea termenului de depunere a ofertelor, și modificarea cerinței de experiență similară în sensul celor dispuse de Consiliu.

Împotriva deciziei Consiliului nr. 2021/C8/2273 din data de 12.11.2019, autoritatea contractanta a depus plângerea ce a format obiectul dosarului Curții de Apel ..... nr. 6753/2/2019. În data de 08.01.2020, Curtea a pronunțat hotărârea nr. 12/2020 prin care a respins plângerea ca nefondata.

În consecință, Consiliul constată că au fost păstrate de către Curte considerentele citate mai înainte, din cuprinsul deciziei sale nr. 2021/C8/2273 din data de 12.11.2019, referitoare la modificarea cerinței de experiență similară.

Ca urmare a hotărârii nr. 12/2020 a Curții de Apel ..... și având în vedere dispozițiile art. 25 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 („Suspendarea procedurii de soluționare a contestației produce efecte până la rămânerea definitivă a hotărârii în cauza care a provocat suspendarea.”), coroborate cu art. 25 alin. (5) din aceeași lege și cu art. 415 pct. 4 din Codul de procedură civilă, Consiliul va stabili repunerea pe rolul său a dosarului nr. 2477/2019.

Văzând faptul ca modificarea cerinței de experiență similara, cerută de contestatoarea SC ..... SRL, a fost anterior dispusă de către Consiliu și păstrată de instanța de judecată, Consiliul stabilește că este fără obiect acest capăt de cerere al contestației, cum de altfel este și solicitarea de prelungire a termenului de depunere a ofertelor, data fiind perioada de timp parcursă de la data formulării contestației și până la, cel puțin, pronunțarea hotărârii instanței de judecata.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca rămasă fără obiect contestația depusă de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Repune pe rolul său dosarul nr. 2477/2019.

Respinge ca fiind fără obiect contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu - .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 4 exemplare, conține 9 pagini.