CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., având CUI RO ....., reprezentată legal de dl. ....., formulată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 4408/08.06....., de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri locale în ....., județul ....., în cadrul proiectului – Modernizare drumuri locale în ....., județul .....”, s-a solicitat .....

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cererii 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 SC ..... SA critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii menționată anterior, apreciind că motivul invocat în susținerea acestei măsuri este unul nelegal.

Astfel, arată că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, oferta sa a fost declarată inacceptabilă deoarece nu a îndeplinit cerința privind experiența similară, constând în executarea de lucrări similare, în ultimii 5 ani, în valoare cumulată de cel puțin 2.787.236,86 lei, la nivelul unui contract, astfel cum s-a solicitat

prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Potrivit contestatoarei, această concluzie a autorității contractante este eronată deoarece, din documentele prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 3607/08.05....., respectiv din acordul-cadru nr. 92/50858/29.07.2013, procesele-verbale de recepție a contractelor subsecvente nr. 108/09.09.2013, nr. ...../01.10.2013, nr. 44/09.06.2015 și din documentul constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale în baza acordului-cadru nr. 92/50858/29.07.2013, rezultă că valoarea lucrărilor executate și certificate pentru SC ..... SA este de 4.187.160,80 lei, valoare superioară celei solicitată prin fișa de date a achiziției.

În opinia contestatoarei, interpretarea autorității contractante, conform căreia acordul-cadru nu este un contract precum și limitarea strict la contractele subsecvente încheiate în baza acordului-cadru, sunt contrare principiului prevăzut de OUG nr. 34/2006 și care rezultă chiar din definirea noțiunii de contract. Contestatoarea precizează că legislația din domeniul achizițiilor publice instituie o modalitate specială de atribuire a contratelor, intitulată „acord-cadru" prin care se permite încheierea unei înțelegeri între beneficiar (autoritatea contractantă) și executant (ofertantul câștigător) pentru o cantitate maximă, iar la momente prestabilite să fie furnizate părți din acord.

Potrivit contestatoarei, această interpretare derivă nu numai din lege ci și din analiza acordului-cadru în discuție, care a fost încheiat cu un singur operator economic, adică fără reluarea competiției, iar serviciile au fost realizate începând cu septembrie 2013, astfel încât este îndeplinită cerința cu privire la executarea lucrărilor în ultimii 5 ani. În plus, arată că documentul constatator, emis de autoritatea contractantă în condițiile OUG nr. 34/2006, fac referire la acordul-cadru în discuție și nu la contratele subsecvente.

Prin punctul de vedere nr. 5040/19.06....., înregistrat la Consiliu cu nr. 24701/21.06....., autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației SC ..... SA.

În susținere, precizează că, în mod eronat, contestatoarea a considerat îndeplinită cerința privind experiența similară de la cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, din cadrul fișei de date a achiziției, prin prezentarea unui acord-cadru compus din trei contracte subsecvente. Ținând seama de faptul că pentru fiecare contract subsecvent s-a întocmit câte un proces-verbal de recepție, nu se poate considera că un acord-cadru alcătuit din 3 contracte subsecvente reprezintă un singur contract, unitar, care să îndeplinească cerința de calificare anterior menționată.

Referitor la acordul-cadru, autoritatea contractantă arată că legiuitorul, pe lângă procedurile generale aplicabile oricărei achiziții

publice, a reglementat și situațiile în care se impune aplicarea unor proceduri derogatorii de la regula generală prevăzută la Secțiunea a-2-a Instrumente și tehnici specifice de atribuire a contractelor de achiziție publică, din Legea nr. 98/2016. Astfel, specific acestor modalități speciale, este faptul că ele nu au o reglementare completă ci numai câteva prevederi derogatorii de la regulile generale, care se completează cu normele procedurale comune aplicării și derulării achizițiilor publice. Legea nr. 98/2016 prevede că acordul-cadru este una din modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică, alături de sistemul de achiziție dinamic și de licitația electronică, reprezentând acordul încheiat în formă scrisă, intervenit între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziții publice ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere, în conformitate cu prevederile art. 3 alin.(1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, în opinia autorității contractante, rezultă că încheierea unui acord-cadru nu reprezintă baza legală privind angajarea fondurilor publice, ci doar baza de atribuire a contractelor subsecvente, care la rândul lor, constituie temeiul legal pentru plată.

Totodată, autoritatea contractantă atrage atenția că, în cadrul contestației, SC ..... SA face trimitere la prevederile OUG nr. 34/2006, act normativ abrogat încă din anul 2016.

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

..... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri locale în ....., județul ....., în cadrul proiectului – Modernizare drumuri locale în ....., județul .....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ..... Valoarea estimată a contractului de lucrari ce urmează a fi atribuit este de 3.981.766,94 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ..... SA, prin adresa nr. 4408 din 08.06..... (care corectează conținutul adresei nr. 4393 din 07.06.....), în care se arată că oferta acestei societăți a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece nu este îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară, așa cum a fost solicitată prin fișa de date a achiziției, respectiv printr-un contract. Astfel, arată autoritatea contractantă, ofertanta a invocat, în dovedirea cerinței, însumarea valorilor a 3 contracte subsecvente aceluiași acord-cadru.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ..... SA a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând .....

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge, pentru motivul invocat, oferta depusă de SC ..... SA, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a impus îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, astfel :

„Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 2.787.236,86 lei la nivelul unui contract.

Modalitatea de indeplinire

Modalitate prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante. [...]

Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor:

- procesul-verbal de receptie finala / procesul-verbal de receptie la terminarea lucrarilor / proces verbal pe obiect intocmite în conditiile actelor normative care reglementeaza receptia lucrarilor, care sa ateste faptul ca lucrarile au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și ca au fost duse la bun sfarsit si/sau alte documente din care sa reiasa urmatoarele informatii: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizeaza obiectul lucrarii), perioada (inclusiv data incheierii contractului) și locul executiei lucrarilor.”

În DUAE prezentat, SC ..... SA a invocat, în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, acordul-cadru nr. 92/50858 din 29.07.2013, cu mențiunea că, din valoarea totală a contractelor subsecvente, de 12.456.131,40 lei, fără TVA, SC ..... SA a executat 35%, în valoare de 4.359.645,99 lei, fără TVA.

Față de această situație, prin adresa nr. 3607 din 08.05....., autoritatea contractantă a cerut SC ..... SA să clarifice cum anume îndeplinește cerința de experiență similară, conform căreia poate fi invocată prestația anterioară dintr-un singur contract, având în vedere că, alături de menționarea acordului-cadru, nu apar și informații despre numărul contractelor subsecvente și valoarea acestora.

SC ..... SA a răspuns prin adresa nr. 100 din 10.05....., expunându-și considerentele pentru care apreciază că, potrivit legislației achizițiilor publice, acordul-cadru este asimilat

contractului de achiziție publică, indiferent de numărul de contracte subsecvente care se încheie în baza lui, fiind, în fapt, o modalitate specială de atribuire a unui contract de achiziție publică. Ofertanta mai arată că o astfel de interpretare derivă atât din lege, cât și din clauzele acordului-cadru pe care l-a invocat drept experiență similară, acesta fiind încheiat cu un singur operator economic, iar prestațiile similare au fost realizate în perioada de referință din fișa de date a achiziției din prezenta procedură. SC ..... SA precizează că reatașează DUAE revizuit și documentul constatator emis de către autoritatea contractantă semnatară a acordului-cadru invocat drept experiență similară, acest din urmă act (emis în perioada de aplicare a prevederilor OUG nr. 34/2006) făcând referire la acordul-cadru (ca fiind un singur contract) și nu la contractele subsecvente.
În urma acestui răspuns, autoritatea contractantă a luat decizia de respingere a ofertei SC ..... SA pentru neîndeplinirea cerinței de experiență similară, descrisă în fișa de date a achiziției.

Având a stabili asupra legalității măsurii luate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că ofertanta și-a motivat alegerea de invocare a unui acord-cadru în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței de experiență similară prin definiția contractului prevăzută la art. 3 lit. e^1 din OUG nr. 34/2006, respectiv *„contract - orice contract de achiziţie publică sau acord-cadru”.*

Însă, având în vedere că prezenta achiziție, inițiată în data de ....., este derulată conform dispozițiilor Legii nr. 98/2016, Consiliul stabilește că nu mai este de actualitate și de aplicabilitate definiția amintită din OUG nr. 34/2006 (abrogată prin dispozițiile art. 238 din Legea nr. 98/2016), cu atât mai mult cu cât, potrivit acestei legi, acordul-cadru este definit ca fiind "acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorităţi contractante şi unul ori mai mulţi operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condiţiilor care guvernează contractele de achiziţie publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, după caz, cantităţile avute în vedere” (art. 3 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016).

În această situație, dată fiind definiția acordului-cadru, Consiliul constată că acesta nu este echivalent contractului de achiziție publică, conținutul unui acord-cadru reprezentând doar cadrul general al clauzelor diriguitoare în vederea încheierii contractelor de achiziție publică, subsecvente acestuia.

Încheierea unui acord-cadru nu implică niciun fel de prestație a părților, în lipsa încheierii unuia sau mai multor contracte de achiziție publică subsecvente. Astfel, în condițiile în care acordul-cadru nu este urmat de contracte subsecvente, acesta este lipsit de efecte, simpla lui încheiere nefiind concretizată în prestații ale părților.

Consiliul reține și diferența între cele două noțiuni, acord-cadru și contract, rezultată din definiția acestuia din urmă, prevăzută la art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, conform căreia, contractul de achiziţie publică este *"contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulţi operatori economici şi una ori mai multe autorităţi contractante, care are ca obiect execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii".*

Se observă, așadar, faptul că legiuitorul a prevăzut că obiectul contractului de achiziţie publică este *„execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii",* în vreme ce obiectul acordului-cadru este *„stabilirea termenilor și condiţiilor care guvernează contractele de achiziţie publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, după caz, cantităţile avute în vedere".*

Concluzia că prestația cumulată a contractelor subsecvente unui acord-cadru nu poate fi considerată ca prestație corespunzătoare unui singur acord de voință între două părți (contract) este susținută și de necesitatea respectării principiilor nediscriminării și tratamentului egal, consacrate prin dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care autoritatea contractantă ar accepta îndeplinirea cerinței de experiență similară, cerută a fi demonstrată printr-un singur contract, prin invocarea unor prestații cumulate corespunzătoare celor trei contracte subsecvente acordului-cadru indicat de ofertantă, ar conduce la favorizarea acesteia față de competitorii săi care au înțeles să demonstreze îndeplinirea cerinței prin invocarea unui contract unic care să respecte toate reperele autorității contractante.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceloraşi condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism şi de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, şi Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziţii publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT,

C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).
Pe de altă parte, SC ..... SA, știindu-și situația, avea posibilitatea lămuririi cerinței de calificare, cu autoritatea contractantă, în etapa anterioară depunerii ofertelor, astfel încât să se asigure că nu va întâmpina probleme în interpretarea ce face obiectul prezentului litigiu.

Este de remarcat și de reținut că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, are forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, care în evaluarea ofertelor este ținută la respectarea propriilor reguli, cât, mai ales, pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SA. Documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă.

Din documentele cauzei, rezultă și faptul că autoritatea contractantă nu a făcut verificări cu privire la contractele subsecvente acordului-cadru invocat de SC ..... SA, astfel încât să se constate dacă prestația corespunzătoare acestei societăți, din

cadrul vreunuia dintre ele, corespunde reperelor de experiență similară solicitate prin fișa de date a achiziției.

Față de cele prezentate, Consiliul stabilește că decizia autorității contractante de respingere a ofertei SC ..... SA trebuie invalidată, examinarea îndeplinirii cerinței de experiență similară, de către această ofertantă, nefiind finalizată. Astfel, măsura luată nu este certă de vreme ce documentele nu au fost evaluate în întregime și din toate punctele de vedere, astfel încât să se demonstreze cu claritate și fără dubiu faptul că niciuna dintre prestațiile din contractele subsecvente acordului-cadru respectiv nu îndeplinește cerința fișei de date a achiziției.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de SC ..... SA și să anuleze actele autorității contractante cu privire la decizia de respingere a ofertei SC ..... SA.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând declararea acceptabilă și conformă a ofertei SC ..... SA, deoarece declararea acceptabilității și conformității unei oferte este atribuția comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în procedura de achiziție publică și atacate prin contestație.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC ..... SA.

Anulează actele autorității contractante cu privire la decizia de respingere a ofertei SC ..... SA.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând declararea acceptabilă și conformă a ofertei SC ..... SA.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 9 pagini.