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. T3738/22.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55057/22.12.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ... - director general, formulată împotriva răspunsului transmis prin adresa nr. 99488/21.12.2017, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...»”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, și:

- obligarea autorității contractante la anularea răspunsului la clarificarea nr. 2 din 12.12.2017, postată în SEAP, la ora 15:57, cu nr. 97389, și la transmiterea unui răspuns, în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin prezentarea de contracte execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare;
- obligarea autorității contractante la transmiterea unui răspuns în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară prin prezentarea de contracte de execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare;
- suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea contestației;
- prelungirea perioadei stabilite pentru primirea ofertelor, în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și cu art. 55 alin (2) din HG 395/2016.

Prin Încheierea nr. ..., s-a respins solicitarea SC ... SRL de suspendare a procedurii simplificată online - într-o singură etapă, organizată de către ....

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 SC ... SRL critică refuzul autorității contractante, cuprins în clarificarea nr. 2 din 12.12.2017, postată în SEAP, la ora 15:57, cu nr. 97389, de a accepta, ca dovadă a experienței similare, prezentarea unei lucrări de complexitatea celei cerute de către contestatoare, încălcând, astfel, principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea arată că, la data de 05.12.2017, ora 8:52, a postat în SEAP solicitarea de clarificări nr. T3357/04.12.2017, prin care i-a cerut autorității contractante să-i confirme faptul că poate folosi ca demonstrare a experienței similare, conform cerinței minime de calificare din fișa de date a achiziției, o lucrare superioară din punct de vedere a complexității și anume o lucrare de modernizare suprafețe de mișcare aeroportuară cu sistem rutier elastic (3 straturi mixturi asfaltice, strat de fundație din piatra spartă amestec optimal și strat de formă din balast), cu respectarea prevederilor legale, motivat de faptul că lucrarea a fost acceptată ca dovada a experienței similare și de către alte autorități contractante (a se vedea răspunsul Consiliului județean ..., postat în SEAP cu nr. 11737/02.11.2016, răspunsul Consiliului județean ..., postat în SEAP cu nr. 18111/06.11.2017).

În data de 12.12.2017, ora 15:57, autoritatea contractantă postează în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări, neacceptând prezentarea unei lucrări de asemenea complexitate, ca dovada a experienței similare, motivând cu un extras din fișa de date a achiziției, respectiv:

„Ofertanții vor respecta prevederile Caietului de sarcini, Fișei de date a achiziției din documentația de atribuire și dispozițiile legale în vigoare.

În conformitate cu Documentația de atribuire, respectiv Cerința nr. 1 din Fișa de date a achiziției Secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnica și profesională:

Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani, **) calculați de la data de limită de depunere a ofertelor, lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție nouă de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri*

expres și/sau autostrăzi) în valoare cumulată de cel puțin 85.000.000 lei, fără T.V.A., la nivelul a maxim 3 contracte.

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, certificate/documente care atestă îndeplinirea cerinței, și anume: documente/recomandări emise de beneficiarul lucrărilor și/sau procese verbale de recepție pe obiecte și/sau procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor și/sau procese verbale de recepție finala și/sau documente constatatoare emise de autoritățile contractate și/sau certificări de bună execuție, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică.

Astfel, ofertanții trebuie să prezinte certificate/documente din care să reiasă că a executat lucrări similare cu al lucrărilor necesar a fi executate prin contractual supus procedurii de atribuire".

Având în vedere aspectele prezentate, contestatoarea se consideră discriminată, nepermițând-i-se participarea la procedură și dreptul de a avea șanse egale la atribuirea contractului, precizând că deține experiență în execuție infrastructură aeroportuară pe deja două obiective finalizate și unul în curs de finalizare.

Totodată, contestatoarea susține că decizia autorității contractante, de a răspunde în acest mod unei solicitări de clarificări venite din partea unui posibil ofertant la procedura de atribuire în cauză, *„toate argumentele prezentate de aceasta"* sau, mai degrabă, lipsa totală de argumente pro sau contra cerinței prezentate în solicitarea postată în SEAP în data de 04.12.2017, creează un cadru nelegal, prin încălcarea cu buna știință a prevederilor art. 2 alin (2) din Legea nr. 98/2017, desfășurarea licitației nepermițând, *ab initio*, unor ofertanți care au realizat lucrări similare superioare ca și complexitate participarea la licitație, încălcând astfel principiul de atribuire "cel mai bun raport calitate preț", în care parametrul "calitate" se prezumă că este îndeplinit în condiții mai bune de ofertantul care a realizat lucrări superioare ca și complexitate celor care constituie obiect al contractului de achiziție publică.

În opinia contestatoarei, în răspunsul său, autoritatea contractantă nu ia în considerare, deși ar trebui să țină cont, Instrucțiunea ANAP nr. 2/19.04.2017 și Notificarea ANAP nr. 528/18.05.2017, cu privire la fișa de date a achiziției, unde se prevede, foarte clar, ca instrucțiune pentru întocmirea cerinței vizând experiența, că trebuie aplicat principiul *„"cine poate mult poate și mai puțin", fără a se limita la: infrastructura aeroportuară - cum ar fi pistele de decolare-aterizare (similare ca structură rutieră și chiar superioare drumurilor județene); sau (...)"*.

Concluzionând, SC ... SRL consideră că solicitările sale sunt perfect justificate și legale.

Prin adresa nr. 372/08.01.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 742/08.01.2018, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere nr. 1317/6837/28.12.2017, precizând că SC ... SRL *„urmează să facă dovada experienței pentru contracte la drumuri, conform caietului de sarcini și documentației de atribuire”.*

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...»”, clasificare CPV: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de 175.943.640,00 lei, fără TVA. Depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 22.01.2018, ora 15:59, prin anunțul de tip erată nr. 118034/21.12.2017.

Prin contestația înaintată, SC ... SRL indică faptul că demersul său este îndreptat împotriva răspunsului autorității contractante, transmis în data de 21.12.2017 cu adresa nr. 99488, prin care aceasta *„hotărăște să nu adopte măsuri de remediere în ceea ce privește solicitările SC ... SRL din notificarea prealabilă nr. T 3685 din 19.12.2017 (...)*”, solicitând admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, și:

- obligarea autorității contractante la anularea răspunsului la clarificarea nr. 2 din 12.12.2017, postată în SEAP, la ora 15:57, cu nr. 97389, și la transmiterea unui răspuns, în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin prezentarea de contracte execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare;
- obligarea autorității contractante la transmiterea unui răspuns în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară prin prezentarea de contracte de execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare;
- prelungirea perioadei stabilite pentru primirea ofertelor, în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și cu art. 55 alin (2) din HG 395/2016.

Din interpretarea dispozițiilor coroborate ale Legii nr. 101/2016, rezultă, pe de o parte, faptul că răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă primită nu este un act emis în procedura de achiziție publică, susceptibil de a produce vătămarea persoanei care a înaintat notificarea, ci este un act procedural, constând în punctul său de vedere cu privire la nelegalitățile care îi sunt reclamate prin notificarea primită, iar pe de altă parte, că persoana care parcurge etapele legale de atacare, prevăzute de

lege, trebuie, alături de a se considera vătămată, să critice și să urmărească înlăturarea efectelor unui act al autorității contractante, definit de lege ca fiind *„orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire”.*

În măsura în care persoana care se consideră vătămată nu obține cele cerute ca urmare a parcurgerii etapei de notificare prealabilă, ea se poate adresa Consiliului, obiectul contestației sale urmând a fi anularea actului vătămător, respectiv actul autorității contractante emis în procedura de achiziție publică, a cărui nelegalitate a fost reclamată prin notificarea prealabilă transmisă autorității și a cărui remediere a fost cerută pe calea respectivă.

Logica acestei concluzii este întărită și prin ipoteza avută în vedere de legiuitor prin dispoziția de la art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv aceea a formulării contestației în situația în care autoritatea contractantă nu a dat un răspuns la notificarea prealabilă primită. Or, este evident că în această situație, actul atacat este actul autorității contractante, emis în procedura de atribuire și reclamat prin notificarea prealabilă, și nu răspunsul ei la procedura prealabilă, care este inexistent. Într-o interpretare concordantă cu logica autoarei contestației, în situația în care autoritatea contractantă înțelege să nu răspundă notificării primite, persoana care se consideră vătămată se află în imposibilitatea de a înainta Consiliului o contestație, neexistând actul împotriva căruia să se îndrepte, respectiv răspunsul la notificarea prealabilă.

Obiectul contestației este întotdeauna același, și anume anularea actului vătămător, care, în ipoteza unui răspuns nefavorabil în procedura prealabilă sau în ipoteza lipsei unui răspuns, este actul emis de autoritatea contractantă.

Din cele expuse, parcurgând conținutul contestației, Consiliul reține că, în fapt, actul care a condus SC ... SRL la înaintarea notificării sale prealabile și, ulterior, a contestației, este răspunsul la Clarificarea 2 a autorității contractante (adresa nr. 97389 din 12.12.2017) la solicitarea sa de clarificări (adresa nr. T3357 din 04.12.2017) exprimată în sensul admiterii posibilității „*de a folosi ca și demonstrare a experienței similare, îndeplinind cerința minimă din fișa de date a achiziției, o lucrare superioară din punct de vedere a complexității și anume o lucrare de modernizare suprafețe de mișcare aeroportuara cu sistem rutier elastic*”. De altfel, acest act al autorității contractante a fost menționat, în mod expres, ca făcând obiectul notificării prealabile înaintate de SC ... SRL.

Stabilind că actul împotriva căruia contestatoarea și-a îndreptat demersul său de contestare este adresa nr. 97389 din

12.12.2017, reprezentând răspunsul la Clarificarea 2 publicat de autoritatea contractantă, Consiliul urmează a examina legalitatea acestuia raportat la prevederile legale care reglementează instituția clarificării documentației de atribuire.

Astfel, Consiliul reține că, potrivit cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, Cerința 1, referitoare la demonstrarea experienței similare, autoritatea contractantă a impus următoarele:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate

Modalitatea de îndeplinire

Capacitatea tehnică - Cerința 1

Ofertantul trebuie să demonstreze ca a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani,**) calculați de la data de limită de depunere a ofertelor, lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție noua de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres si/sau autostrăzi), în valoare cumulată de cel puțin 85.000.000 lei, fără T.V.A., la nivelul a maxim 3 contracte*".

Mai reține că, raportat la această cerință, prin adresa nr. T3357/04.12.2017, SC ... SRL a solicitat autorității contractante:

„Pentru a respecta întru totul prevederile legale în vigoare, vă rugăm să ne specificați dacă se acceptă, ca experiență similară lucrări de modernizare suprafețe de mișcare aeroportuare cu sistem rutier elastic (3 straturi mixturi asfaltice, strat de fundație din piatră spartă amestec optimal și strat de formă din balast) cu specificația că acestea sunt superioare din punct de vedere al complexității lucrărilor și au presupus executarea de lucrări comparabile ca operațiuni, tehnologii sau utilaje folosite cu cele care caracterizează obiectul principal al contractului și/sau scopului obiectului contractului de execuție lucrări.

Menționam că lucrarea a fost acceptată pentru a fi folosită ca și dovadă a experienței similare și de către alte autorități contractante (A. se vedea Răspunsul Consiliului județean ..., postat în SEAP cu nr. 11737/02.11.2016, Răspunsul Consiliului județean .... postat în SEAP cu nr. 18111/06.11.2017).

Aducem la cunoștința autorității contractante că neacceptarea demonstrării experienței similare prin prezentarea unei lucrări de modernizare suprafețe de mișcare aeroportuare cu sistem rutier elastic, lucrări superioare din punct de vedere al complexității acestora care au presupus executarea de lucrări similare ca operațiuni, tehnologii sau utilaje folosite cu cele care caracterizează obiectul principal al contractului și/sau scopului obiectului contractului de execuție de lucrări creează un cadru nelegal, prin încălcarea cu bună știință a prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2017, desfășurarea licitației nepermițând, ab initio, unor ofertanți care au realizat lucrări similare superioare ca și complexitate participarea la licitație, încălcând astfel principiul de atribuire "cel mai bun raport calitate preț" în care parametrul "calitate" se prezumă că este îndeplinit în condiții mai bune de ofertantul care a realizat lucrări

superioare ca și complexitate celor care constituie obiect al contractului de achiziție publică.

Textele normative în vigoare impun ca, în speță, apoziției "experiență similară" și, mai concret, noțiunii "similară" să i se acorde semnificația/înțelesul curent în limba română. Acest înțeles este dat de Dicționarul explicative al limbii romane astfel "SIMILAR,-Ă, similari\-e, adj. De aceeași natură, de același fel, asemănător, analog - Din fr. similare".

În același timp, reiterăm faptul că în Notificarea 528/2017 a ANAP, în scopul evitării interpretărilor abuzive ale autorităților contractante, se explicitează continuați apoziției "experiență similară" dând-se, ca exemplu de interpretare, chiar lucrări de infrastructură aeroportuară.

În aceeași Notificare ANAP nr. 528 din 18,05.2017, cu privire la Fișa de Date, se prevede FOARTE CLAR, ca instrucțiune la întocmirea cerinței vizând experiența care trebuie solicitată a fi dovedită de către operatorii economici participant, că trebuie aplicat principiul "cine poate mult poate și mai puțin". Mai mult decât atât, se poate solicita "experiență similară (...) pentru realizarea de infrastructura de transport rutier sau infrastructură similară din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, și nu doar drumuri județene (...). Pentru exemplul de mai sus, infrastructura similară din punctul de vedere al complexității și/sau utilitarii, prin aplicarea principiului "cine poate mai mult poate și mai puțin", poate include, fără a se limita la:

- infrastructură aeroportuară - cum ar fi pistele de decolare-aterizare (similar ca structura rutieră și chiar superioare drumurilor județene); sau (...)"

Așteptăm, din partea autorității contractante ca, prin răspunsul la aceasta solicitare de clarificări, să respecte prevederile art. 160, alin. (2) din Legea 98/2016, asumând-și OBLIGAȚIA "de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil la orice solicitare de clarificați sau informații suplimentare cu rugămintea expresă, de a nu mai folosi răspunsurile standard și de o ambiguitate totală cu care ne-a obișnuit de-a lungul vremii, mai ales în ceea ce privește documentele de calificare (ex: se vor respecta cerințele fișei de date, aveți dreptul să apelați la susținere tehnică, aveți voie să vă asociați, etc). Ofertanții, vor respecta prevederile Caietului de sarcini, Fișei de date a achiziției din documentația de atribuire și dispozițiile legale în vigoare."

La această solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 97389 din 12.12.2017, Clarificarea 2, astfel:

<Ofertanții vor respecta prevederile Caietului de sarcini, Fișei de date a achiziției din documentația de atribuire și dispozițiile legale în vigoare.

În conformitate cu Documentația de atribuire, respectiv, Cerința nr. 1 din Fișa de date a achiziției Secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: "Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârși în ultimii 5 ani,**) calculați de la data limită de depunere a ofertelor, lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție nouă de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres*

și/sau autostrăzi), în valoare cumulată de cel puțin 85,000.000 lei fără T. V.A., la nivelul a maxim 3 contracte.

.....

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, certificate/documente care atestă îndeplinirea cerinței, și anume: documente/recomandări emise de beneficiarul lucrărilor și/sau procese verbale de recepție pe obiecte și/sau procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor și/sau procese verbale de recepție finală și/sau documente constatatoare emise de autoritățile contractate și/sau certificări de bună execuție, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică ..."

Astfel, ofertanții trebuie să prezinte certificate/documente din care să reiasă că a executat lucrări similare cu al lucrărilor necesar a fi executate prin contractul supus procedurii de atribuire>.

Prin urmare, răspunsul autorității contractante a fost în sensul menținerii cerinței din fișa de date privitoare la modul în care participanții la procedură vor demonstra capacitatea lor tehnică în ceea ce privește deținerea experienței similare.

În analizarea legalității acestei adrese, sunt reținute dispozițiile art. 160 din Legea nr. 98/2016, conform cărora:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are obligaţia de a răspunde în mod clar şi complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depăşească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic.

(3) Autoritatea contractantă are obligaţia de a publica răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei, indicată potrivit dispoziţiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective."

Așa cum se observă din textele citate, raportat la conținutul documentației de atribuire, înainte de etapa depunerii ofertelor, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare.

Or, se constată că, prin adresa sa nr. T3357/04.12.2017, SC ... SRL solicită, în fapt, modificarea cerinței regăsită în fișa de date a achiziției în sensul extinderii categoriilor de lucrări similare enumerate de autoritatea contractantă, respectiv „*lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție nouă de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi)*".

În acest context, Consiliul reține că modificarea documentației de atribuire nu poate fi cerută pe calea solicitărilor de clarificări, operatorul economic fiind ținut la a cere și având dreptul de a primi numai clarificări sau informații suplimentare, modificarea documentației neintrând în categoria informațiilor care să necesite a fi clarificate ori referitor la care sunt necesare informaţii suplimentare. Astfel, Consiliul constată că, în mod eronat, autoarea contestației a urmărit să obțină modificarea documentației în sensul dorit, prin înaintarea către autoritatea contractantă a unei solicitări de clarificări vizând documentația de atribuire.

Pe de altă parte, legiuitorul a stabilit în sarcina autorității contractante următoarele obligații la primirea unei solicitări de clarificare a documentației de atribuire:

- să răspundă în mod clar şi complet;

- să răspundă cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depăşească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic;

- să publice răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei;

- să ia măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective.

Văzând răspunsul autorității contractante (adresa nr. 97389 din 12.12.2017), la demersul SC ... SRL (adresa nr. T3357 din 04.12.2017), Consiliul stabilește că acesta respectă rigorile amintite, cu excepția depășirii termenului de răspuns de 3 zile lucrătoare, situație care însă nu este în măsură să conducă la nulitatea răspunsului în cauză, ținând cont de faptul că acest termen este precizat de legiuitor cu titlu de recomandare, concluzie reieșită prin folosirea sintagmei „de regulă”, dar și de faptul că, prin contestație, autoarea acesteia nu formulează nicio critică din care să rezulte că se consideră vătămată de acest aspect.

Consiliul va respinge afirmația contestatoarei, potrivit căreia clarificarea pe care a primit-o nu este clară, în lipsa justificării autorității contractante de a-i respinge propunerea de modificare a cerinței de calificare, deoarece solicitarea ei cu privire la documentația de atribuire nu reprezintă o cerere de clarificare a unui aspect din acest act, care să necesite justificări clare și detaliate ale autorității, de natură să explice o cerință a sa, ci reprezintă o cerere de modificare a fișei de date, care nu poate fi realizată prin utilizarea instituției „clarificării documentației”, autoritatea contractantă nefiind ținută, în consecință, să-și motiveze decizia de a păstra nemodificată o cerință.

De altfel, în afara acestei susțineri, Consiliul constată că întreaga motivare a contestației nu conduce la concluzia că autoarea

acesteia ar reclama actul a cărui anulare o cere (adresa nr. 97389 din 12.12.2017) pentru încălcarea prevederilor legale ce reglementează emiterea lui, ci doar prin prisma faptului că acest act nu cuprinde o modificare a documentației de atribuire în sensul urmărit prin înaintarea clarificării amintite. Or, o autoritate contractantă nu poate fi obligată, prin simpla voință a unui operator economic, să modifice documentația de atribuire ca urmare a primirii unei cereri de clarificare a acesteia.

În acest context, Consiliul reține că, în fapt, imposibilitatea de participare la această procedură, pretinsă de contestatoare, nu este cauzată de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să formuleze răspunsul său la solicitarea de clarificări criticată în cauză, ci de cele impuse de aceasta prin fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, Cerința 1, referitoare la demonstrarea experienței similare.

De altfel, această concluzie rezidă fără dubiu, din primul capăt de cerere din cuprinsul contestației, prin care contestatoarea solicita *„obligarea autorității contractante la anularea răspunsului la clarificarea nr. 2 din 12.12.2017, postată în SEAP, la ora 15:57, cu nr. 97389, și la transmiterea unui răspuns, în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin prezentarea de contracte execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare*".

Însă, în măsura în care dorea modificarea documentației de atribuire, autoarea contestației era ținută la a respecta procedura și termenele stabilite prin dispozițiile Legii nr. 101/2016, calea aleasă de aceasta, respectiv solicitarea de modificare adresată autorității contractante printr-o clarificare vizând documentația de atribuire, nefiind destinată obținerii unui astfel de rezultat.

Astfel, purtarea unei corespondenţe de clarificare a documentaţiei de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă îşi menţine cerinţele impuse) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării/contestaţiei sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentaţia de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentaţiei, s-ar ajunge la eludarea termenului impus de legiuitor la art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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 nefondată contestația formulată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile 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,**
... **...**

OPINIE SEPARATĂ

Din punctul meu de vedere contestația în cauză trebuie admisă, deoarece SC ... SRL nu a cerut modificarea documentației de atribuire, ci:

- anularea răspunsului la clarificarea nr. 2 din 12.12.2017, postată în SEAP, la ora 15:57, cu nr. 97389, și la transmiterea unui răspuns, în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin prezentarea de contracte execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare;
- transmiterea unui răspuns în sensul acceptării îndeplinirii cerinței privind experiența similară prin prezentarea de contracte de execuție lucrări în domeniul infrastructurii aeroportuare;
- prelungirea perioadei stabilite pentru primirea ofertelor, în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și cu art. 55 alin (2) din HG 395/2016.

În opinia mea, trebuie analizat modul în care autoritatea contractantă a înțeles să răspundă, prin adresa nr. 973/89/ 12.12.2017, solicitării aparținând contestatoarei.

În susținerea concluziei mele, am în vedere faptul că, prin cererea de lămuriri nr. T 3357/04.12.2017, SC ... SRL a solicitat autorității acceptarea, ca și experiență similară, de *„lucrări de modernizare suprafețe de mișcare aeroportuară cu sistem rutier elastic (3 straturi mixturi asfaltice, strat de fundație din piatra*

spartă amestec optimal și strat de formă din balast), cu specificația că acestea sunt superioare din punct de vedere al complexității lucrărilor și au presupus executarea de lucrări comparabile ca operațiuni, tehnologii sau utilaje folosite cu cele care caracterizează obiectul principal al contractului și/sau scopului obiectului contractului de execuție lucrări (...)", precizând că *„lucrarea a fost acceptată pentru a fi folosită ca și dovadă a experienței similare și de către alte autorități contractante (A. se vedea Răspunsul Consiliului județean ..., postat în SEAP cu nr. 11737/02.11.2016, Răspunsul Consiliului județean ..., postat în SEAP cu nr. 18111/06.11.2017)."*

În justificarea afirmațiilor sale, contestatoarea a prezentat explicații detaliate, făcând trimitere și la notificarea ANAP „nr. 528/ 2017".

La această solicitare, autoritatea contractantă a prezentat, prin adresa nr. 97389/12.12.2017, următorul răspuns:

«Ofertanții vor respecta prevederile Caietului de sarcini, Fișei de date a achiziției din documentația de atribuire și dispozițiile legale în vigoare.

În conformitate cu Documentația de atribuire, respectiv Cerința nr. 1 din Fișa de date a achiziției Secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnica și profesională:

Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani, **) calculați de la data de limită de depunere a ofertelor, lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție nouă de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi) în valoare cumulată de cel puțin 85.000.000 lei, fără T.V.A., la nivelul a maxim 3 contracte.*

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, certificate/ documente care atestă îndeplinirea cerinței, și anume: documente/ recomandări emise de beneficiarul lucrărilor și/sau procese verbale de recepție pe obiecte și/sau procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor și/sau procese verbale de recepție finala și/sau documente constatatoare emise de autoritățile contractate și/sau certificări de bună execuție, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică.

Astfel, ofertanții trebuie să prezinte certificate/documente din care să reiasă că a executat lucrări similare cu al lucrărilor necesar a fi executate prin contractual supus procedurii de atribuire.»

Față de cele prezentate anterior, în opinia mea, răspunsul autorității contractante nu este în concordanță cu dispozițiile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: *„Autoritatea*

contractantă ***are obligaţia de a răspunde în mod clar şi complet****, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depăşească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic",* deoarece, prin explicațiile date, autoritatea contractantă nu a prezentat argumente care să convingă de faptul că lucrările propuse de contestatoare, ca experiență similară, nu pot fi considerate de același nivel sau superioare, ci s-a limitat doar în a copia cerința din fișa de date, așa cum a fost deja formulată, și a afirma că *„ofertanții trebuie să prezinte certificate/documente din care să reiasă că a executat lucrări similare cu al lucrărilor necesar a fi executate prin contractual supus procedurii de atribuire".*

De asemenea, relevantă este și Notificarea ANAP nr. 258/ 18.05.2017 cu privire la fișa de date, unde la cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* (fila 21), se consemnează, printre altele: «*Se poate solicita experienţă similară pentru activitatea de proiectare prin contracte ce au avut ca obiect prestarea de servicii similare, respectiv servicii de proiectare pentru realizarea de infrastructură de transport rutier sau infrastructură similară din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii, şi nu doar pentru drumuri judeţene (servicii identice cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit). Pentru exemplul de mai sus, infrastructura similară din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii, prin aplicarea principiului "cine poate mai mult poate şi mai puţin", poate include, fără a se limita la:*

- infrastructura aeroportuară — cum ar fi pistele de decolare-aterizare (similare ca structură rutieră şi chiar superioare drumurilor judeţene); sau (...)».

Or, față de norma legală de mai sus și de conținutul Notificării ANAP nr. 258/18.05.2017, în opinia mea, autoritatea contractantă nu a prezentat elemente care demonstreze imposibilitatea luării în considerare a lucrărilor la care face referire contestatoarea, nefiind, astfel, respectat principiul transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

În legătură cu aceste aspecte, țin seama și de faptul că, în răspunsul la notificarea prealabilă nr. 99488/21.12.2017, autoritatea nu a expus informații clare/concrete, eventual tehnice, care să combată afirmațiile contestatoarei, respectiv care să demonstreze faptul că, pentru obiectul contractului de achiziție publică în cauză: „Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...»", lucrările de *modernizare suprafețe de mișcare aeroportuară cu sistem rutier elastic (3 straturi mixturi asfaltice, strat de fundație din piatra spartă amestec optimal și strat de formă din balast*) nu pot fi considerate lucrări similare, astfel încât contractul de achiziție publică în cauză să poată fi dus la bun sfârșit.

De asemenea, nici în punctul său de vedere la contestație, nr. 372/08.01.2018, la care este anexată adresa nr. 13A/6837/ 28.12.2017, autoritatea nu prezintă niciun fel de apărări pe fondul acestui aspect, astfel încât să justifice faptul că lucrările de modernizare la suprafețele aeroportuare, care presupun impactul cu aeronave ce solicită nu doar condiții de rulare speciale, ci mult superioare față de cele destinate transportului rutier, rezumându-se doar la următoarea mențiune: *„Având în vedere cele solicitate de ... SRL (...) nu considerăm necesară suspendarea procedurii de licitație, urmând ca domniilor lor să facă dovada experienței similare pentru contracte de drumuri, conform caietului de sarcini și documetației de atribuire”.*

În concluzie, față de cele expuse anterior, susțin că autoritatea contractantă era obligată să prezinte explicații clare și concrete la solicitarea de clarificări a contestatoarei, așa cum obligă art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai sus citat, normă legală pe care ... nu a respectat-o.

MEMBRU,

...

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.