



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.

N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 4 021.8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C sub nr. / 22.04.2016, formulată de S.C S.R.L, cu sediul în, str., județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, împotriva rezultatului procedurii de atribuire organizată de S.A., cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Piese de schimb pentru agregate la cazanele de abur CR1244*”, lot nr. 3 – Piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură la cazanele de 420 t/h pe lignit, coduri CPV 43414100-9 – Mori de măcinat cărbune (Rev.2), 31161700-9 – Piese pentru generatoare de aburi (Rev.2), s-a solicitat admiterea contestației, anularea adresei nr. / 18.04.2016 privind comunicarea rezultatului procedurii, anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C S.R.L, în contradictoriu cu S.A. și anulează raportul procedurii de atribuire nr. / 18.04.2016, pentru lotul 3, rezultatul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii transmise contestatoarei și societății desemnate câștigătoare, pentru lotul respectiv. Obligă

autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei S.C. S.R.L., și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici, în termenul legal.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată, S.C. S.R.L. contestă rezultatului procedurii de atribuire, emis de S.A., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Piese de schimb pentru agregate la cazanele de abur CR1244*”, lot nr. 3 - Piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură la cazanele de 420 t/h pe lignit, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul prezintă istoricul procedurii și încunoștințează că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, întrucât nu a demonstrat cerința din fișa de date a achiziției referitoare la experiența similară.

În fapt, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a restricționat înțelesul sintagmei de „livrări de produse similare” la „produse identice”. Astfel, la punctul III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat la cerința nr. 1 „lista principalelor livrări de produse similare efectuate în ultimii 3 ani” și la cerința nr. 2 a fost solicitat „prezentarea unor certificate, documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar, care să confirme livrarea de ...”

Contestatorul precizează că, din cuprinsul fișei de date, punctul III.2.3 a), a rezultat faptul că autoritatea contractantă prin cerința nr. 2. a restricționat înțelesul inițial, de la cerința nr. 1, al sintagmei de „produse similare” pentru lot 3 la „Piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură”, impunând demonstrarea livrării unor produse identice, în detrimentul produselor din aceeași categorie cu cel care face obiectul procedurii în cauză.

În opinia contestatorului, abordarea comisiei de evaluare, în sensul de a se demonstra experiența similară prin contracte identice cu cel ce urmează a fi încheiat, este una restrictivă, menită să limiteze concurența și să încalce principiile din materia achizițiilor publice, venind în contradicție cu dispozițiile art. 178 alin. (2) din O.U.G nr. 34/2006.

În acest sens, contestatorul face o analiză asupra noțiunii de „produse similare” și „experiență similară” în materia achizițiilor publice, indicând jurisprudența Consiliului, a Curților de Apel, precum și articole din O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006.

Cu privire la îndeplinirea de către S.C. S.R.L. a cerinței de calificare privind experiența similară, se arată că a fost completată Declarația privind lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani (Formular 12D), prin care și-a asumat răspunderea asupra faptului că informațiile furnizate sunt complete și corecte în fiecare detaliu, fiind în același timp de acord ca autoritatea contractantă să solicite în scopul verificării și confirmării declarațiilor și situațiilor orice informații suplimentare.

În ceea ce privește experiența similară, astfel cum reiese din formularele completate, contestatorul apreciază că a făcut dovada existenței acesteia din punctul de vedere al produselor. În acest sens, consideră că cerința de calificare privind experiența similară pentru lot 3 a fost îndeplinită așa cum a fost îndeplinită pentru loturile nr. 4 și nr. 5.

În ceea ce privește aspectul conform căruia codul CPV pentru lotul nr. 3, respectiv 31161700-9, contestatorul menționează că este același pentru care a făcut dovada experienței similare și dacă autoritatea contractantă avea îndoieli cu privire la veridicitatea informațiilor completate la anexa la formularul 12D trebuia să ceară clarificări, lucru care nu s-a întâmplat. În acest sens, contestatorul indică argumente în susținerea faptului că produsele aferente loturilor celelalte la care a participat sunt similare, iar cerința a fost îndeplinită.

Față de cele menționate mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, S.C. S.R.L își întemeiază contestația pe O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006 și depune în susținere înscrisuri.

Prin adresa nr./28.04.2016, înregistrată la Consiliu sub nr./03.05.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea ca fiind tardivă și neîntemeiată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă, menționează că a solicitat în fișa de date a achiziției la secțiunea III.2.3 a) capacitatea tehnică și/sau profesională două cerințe.

Piese de schimb au fost grupate pe ansambluri componente ale cazanului, după rolul și utilitatea pe care acestea le au în funcționalitatea cazanului CR1244.

De asemenea, autoritatea contractantă, prezintă rolul componentelor, echipamentelor, ansamblurilor, precizând că nu este de

acord cu susținerea contestatorului potrivit căreia s-a solicitat la cerința nr. 2 experiența identică și nu similară. Astfel, dacă s-ar fi solicitat experiența identică ar fi fost inserată și denumirea sau capacitatea cazanului la fiecare lot în parte. Ofertanții în acest fel au avut posibilitatea să dovedească experiența similară prezentând certificate, documente de livrări piese de schimb la orice tip de cazan.

Având în vedere funcțiile diferite și complementare ale subansamblelor componente ale cazanului pentru care există documentații tehnice specifice, cu condiții tehnice de execuție diferite impuse de proiectant, autoritatea contractantă a structurat achiziția pe loturi specifice pentru a nu restricționa, ci dimpotrivă pentru a crea posibilitatea operatorilor economici să participe la unul sau mai multe loturi, în funcție de capacitatea tehnică, experiența similară, dotarea tehnică și modul de cunoaștere, respectiv deținerea documentației tehnice de execuție a produselor. Din acest motiv, condițiile de calificare, inclusiv cele de experiența similară se raportează la fiecare lot în parte, produsele din loturi fiind complementare, nu similare.

Față de cele menționate mai sus, autoritatea contractantă precizează că, autoarea contestației avea dreptul să solicite clarificări în vederea efectuării corecțiilor necesare, sau să conteste documentația de atribuire potrivit art. 271 alin. (1) și art. 256² alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, motiv pentru care consideră ca tardiv introdusă contestația.

Autoritatea contractantă arată modul necorespunzător în care a fost întocmită oferta contestatorului, respectiv Anexa la Formularul 12 D în care nu se menționa care dintre contractele prezentate reprezintă experiența similară a lotului ofertat și în care au fost cuprinse contracte cu livrări mai vechi de trei ani. Astfel, se precizează că experiența similară prezentată de contestator prin contractul nr./23.09.2013 nu putea fi reținută întrucât în Anexa la Formularul 12 D a apărut denumirea de grătar și nu de lanț, iar în documentele constatatoare anexate nu s-a menționat denumirea și specificația tehnică a pieselor livrate.

Cu privire la încadrarea loturilor 2, 3, 4 și 5 în același cod CPV, autoritatea contractantă menționează că acest lucru nu înseamnă că piesele de schimb aferente loturilor sunt similare, încadrarea făcându-se în acest cod neexistând altă clasificare în REGULAMENTUL (CE) NR.213/2008. Produsele au fost încadrate în singurul cod CPV care avea legătură cu obiectul contractului.

Referitor la răspunsurile primite de la ANRMAP, autoritatea contractantă menționează că, piesele de schimb aferente loturilor solicitate nu au aceeași utilizare și nici nu sunt de același tip constructiv, unele sunt piese turnate, altele sunt supuse tratamentelor termice, încercărilor și examinărilor solicitate de proiectant, de aceea s-a solicitat ca ofertanții să facă dovada deținerii documentației proiectantului pentru fiecare lot ofertat.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 13974/09.05.2016, contestatorul a răspuns punctului de vedere al autorității contractante reiterând aspectele din contestație.

În opinia contestatorului, toate piesele de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură, piese de schimb pentru grătare post-ardere și pise de schimb pentru benzi Redller fac parte din aceeași categorie, fiind piese pentru transportoare cu benzi.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

.....S.A. în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Piese de schimb pentru agregate la cazanele de abur CR1244*”, lot nr. 3 – Piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură la cazanele de 420 t/h pe lignit, coduri CPV 43414100-9 – Mori de măcinat cărbune (Rev.2), 31161700-9 – Piese pentru generatoare de aburi (Rev.2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în S.E.A.P. anunțul de participare nr. /04.02.2016, potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 2.268.267 Ron, criteriul de atribuire stabilit fiind „*prețul cel mai scăzut*”.

Potrivit raportului procedurii, pentru lotul 3, au fost depuse două oferte. În urma analizării acestora, oferta depusă de S.C. S.R.L. a fost respinsă, ca fiind inacceptabilă, oferta declarată câștigătoare, pentru lotul 3, fiind cea depusă de S.C. S.A., toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. /18.04.2016.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul 3, comunicat prin adresa nr. /18.04.2016, pentru motivele evocate anterior, S.C. S.R.L. a depus la Consiliu contestația de față.

Cercetând cu înțâietate excepția tardivității contestației în ceea ce privește cerințele de calificare, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată lipsa de temei a acesteia.

Astfel, prin contestația înaintată de S.C. S.R.L. (transmisă în data de 22.04.2016, în termenul legal de contestare de 10 zile, prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, având în vedere data luării la cunoștință a actului atacat, respectiv 18.04.2016) nu sunt formulate critici împotriva cerinței din fișa de date de date a achiziției, cum în mod eronat apreciază autoritatea contractantă, ci împotriva modului în care aceasta interpretează propriile cerințe de calificare. Cerința din fișa de date a achiziției nu-i este cu nimic neclară contestatorului, acesta însușindu-și cerința așa cum a fost ea prezentată în fișa de date a achiziției.

Aplicarea, apreciată de contestator ca fiind incorectă, a cerințelor de calificare, este motivul pentru care se solicită obligarea autorității contractante la respectarea cerințelor așa cum au fost acestea formulate.

Analizând criticile formulate de societatea contestatoare, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de acesta.

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, oferta contestatorului a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, motivat de faptul că *"din lista principalelor livrări din ultimii 3 ani, contracte de livrare pentru piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură (așa cum a fost formulată cerința privind experiența similară în Fisa de date a achiziției la secțiunea III.2.3.a. Capacitatea tehnică și/sau profesională) s-au regăsit doar contractul nr. 218/18.06.2012 încheiat cu RAAN - Suc. ROMAG-TERMO și contractul nr. 1471/03.11.2011 încheiat cu Complexul Energetic Rovinari S.A. pentru care ați prezentat și document constatator, contracte ce nu pot fi luate în considerare întrucât termenele de finalizare ale acestora sunt mai mari de 3 ani."*

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depuse de către S.C. S.R.L., Consiliul constată următoarele:

În fișa de date (III.2.3.a. Capacitatea tehnică și/sau profesională) se precizează: *"Cerința nr. 1: Lista principalelor livrări de produse similare efectuate în ultimii 3 ani (cei 3 ani se vor calcula prin raportare la data limită de depunere a ofertei, indiferent de eventuale decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare publicat inițial), conținând valori, perioade de livrare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați.*

Cerința nr. 2: Prezentarea unor certificate/ documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar, care să confirme livrarea de :

- Lot 1 - Piese de schimb pentru mori carbune MVC 4;
- Lot 2 - Piese de schimb pentru PAR-uri;
- Lot 3 - **Piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură;**
- Lot 4- Piese de schimb pentru gratare post ardere;
- Lot 5 -Piese de schimb pentru benzi Redller;
- Lot 6 - Piese de schimb pentru ELFI;
- Lot 7 - Piese de schimb pentru VGA .

În cuprinsul caietului de sarcini, în Anexa 1 *Centralizator de produse* sunt indicate piesele de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură la cazanele de 420t/h, respectiv lanț minier C18x6411 pași, element racletă, curățător cauciuc, rolă ø375x90x78, sector dințat.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerința privind experiența similară, Consiliul constată că aceasta dorește ca ofertanții participanți la procedură să demonstreze că au experiență similară în domeniul pieselor de schimb pentru banda Kratzer

și concasor zgură și că au mai furnizat astfel de produse în ultimii 3 ani de la data depunerii ofertelor.

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi autorității contractante faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul produselor similare cu ceea ce urmează a fi furnizat prin contractul care face obiectul acestei proceduri, că au cunoștințele / experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte, în ultimii 3 ani.

Așadar, Consiliul apreciază că, pentru autoritatea contractantă prezintă interes proba faptului ca operatorii economici să dovedească că au mai furnizat produse similare, astfel cum acestea au fost detaliate pe loturi, în speță pentru lotul 3, produse similare pieselor de schimb respectiv lanț minier C18x6411 pași, element racletă, curățător cauciuc, rolă ø375x90x78, sector dințat.

Pentru a demonstra îndeplinirea cerinței de calificare de mai sus, S.C. S.R.L. a depus următoarele documente:

- Declarație privind lista principalelor produse furnizate în ultimii 3 ani – formular 12 D;
- Anexa la Formularul 12 D, în cuprinsul căreia fost indicat un număr de 13 contracte;
- Document constatatator nr. 229 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 12.11.2012, de S.C. Complexul Energetic Oltenia – S.A. pentru contractul nr. 319/ET/12.07.2012 *Protecție arbore lagăr și tablă de etanșare - elasticizare*;
- Document constatatator nr. 109 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 14.01.2013, de S.C. Complexul Energetic Oltenia – S.A. pentru contractul nr. 165/ER/03.07.2012 *Separator moară*;
- Document constatatator nr. 10731 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 04.06.2015, de Compania Locală de Termoficare Colterm S.A. pentru contractul nr. 01/418/07.08.2014 *Piese de schimb mori MVC17*;
- Document constatatator nr. 646 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 09.10.2013, de Societatea Complexul Energetic Oltenia S.A. pentru contractul *Piese mori cărbune DGS 100, Bare lovire*;
- Document constatatator nr. 5393 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 14.11.2013, de Societatea Complexul Energetic Oltenia S.A. - Sucursala Electrocentrale Rovinari, pentru contractul nr. 1471/03.11.2011 – *Piese schimb transportor de zgură și cenușă*;
- Document constatatator nr. 6913/18.01.2016 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis de S.C. Hidroelectrică S.A. pentru contractul *Achiziție lanțuri acționare stavile Baraj Lileci*;

- Document constatator nr. 6919/18.01.2016 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis de S.C. Hidroelectrică S.A. pentru contractul *Achiziție lanțuri acționare stavile Baraj Călimănești*;

- Certificat constatator nr. 611/23.01.2014 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis de Regia Autonomă pentru Activități Nucleare, Sucursala Romag – Termo pentru contractul nr. 438/19.11.2012 *Piese schimb benzi alimentare tip ERKO*;

- Certificat constatator nr. 15944/10.12.2012 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis de Regia Autonomă pentru Activități Nucleare, Sucursala Romag – Termo Halinga pentru contractul nr. 218/18.06.2012 *Piese schimb Kratzer*;

- Document constatator nr. 4006/20.03.2014 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale pentru contractul nr. 91/ECC/23.09.2013 *Piese schimb GPA K1,2*;

- Document constatator nr. 4504 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 06.02.2014, de Societatea Complexul Energetic Oltenia S.A. pentru contractul *Piese pentru utilaje de prelucrarea mineralelor – lot 11 Grindă și etanșare grindă*;

- Document constatator nr. 622 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 10.09.2013, de Societatea Complexul Energetic Oltenia S.A. pentru contractul *Piese pentru transportoare și utilaje de prelucrare a materialelor 2 (lotul 10)*.

Din analiza documentelor depuse, Consiliul reține că autoritatea contractantă din cele **13 contracte indicate** de contestator pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, a analizat **doar două contracte**, respectiv contractul nr. 218 din 18.06.2012, derulat în perioada 18.06.2012-06.10.2012, ce are ca obiect *piese schimb Kratzer*, pentru care a fost prezentat certificatul constatator nr. 15944/10.12.2012 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis de Regia Autonomă pentru Activități Nucleare, Sucursala Romag – Termo Halinga și contractul nr. 1471/03.11.2011 derulat în perioada 30.12.2011-12.08.2012, ce are ca obiect *piese schimb transportor de zgură și cenușă*, pentru care a fost depus documentul constatator nr. 5393 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis în data de 14.11.2013, de Societatea Complexul Energetic Oltenia S.A. - Sucursala Electrocentrale Rovinari.

Având în vedere că perioada ultimilor 3 ani este 22.03.2013-22.03.2016, Consiliul determină că, în mod corect, autoritatea contractantă nu a luat în considerare cele două contracte mai sus amintite, întrucât termenele de finalizare ale acestora sunt mai mari de 3 ani.

Cu toate acestea, Consiliul apreciază că, autoritatea contractantă nu a efectuat o analiză temeinică a documentelor depuse, limitându-se doar la cele două contracte, în condițiile în care au fost indicate un număr de 13 contracte.

Contrar a ceea ce susține autoritatea contractantă în raportul procedurii nr. 22995/18.04.2016, că pentru acest lot, S.C. S.R.L. a prezentat doar cele două contracte analizate, deși în punctul de vedere condamnă atitudinea contestatorului de a nu menționa tocmai acest lucru, din niciun document prezentat în cadrul ofertei acestuia nu reiese indicarea în mod clar a celor două contracte pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară pentru lotul 3 oferat.

Pentru a stabili cu certitudine, dacă ofertantul are sau nu experiența similară solicitată, autoritatea contractantă trebuia să manifeste o minimă diligență și să clarifice cu acesta situația și celorlalte contracte indicate ca experiență similară, respectiv care sunt categoriile de piese livrate ca urmare a executării acestor contracte.

Consiliul nu va reține, ca fiind judicioasă în soluționare, susținerea autorității contractante, potrivit căreia, în cazul contractului nr. 91/ECC/23.09.2013, (indicat de contestator în cuprinsul contestației că ar îndeplini cerința privind experiența similară), *“în anexa la Formularul 12 D apare denumirea de grătar și nu de lanț, iar din documentele constatatoare anexate nu se menționează denumirea și specificația tehnică a pieselor livrate”*, în condițiile în care tocmai faptul că din documentele depuse nu reiese denumirea și specificația tehnică a pieselor livrate în cadrul contractului, trebuia clarificat de către aceasta.

Împrejurarea că este menționată denumirea de grătar și nu lanț, nu conduce la concluzia autorității contractante în sensul celor susținute de aceasta, în condițiile în care în fișa de date a achiziției s-a solicitat prezentarea de documente care să confirme livrarea de piese de schimb pentru banda Kratzer și concasor zgură.

Mai mult, nu se poate stabili cu exactitate obiectul unui contract doar ținând cont de denumirea lui, în lipsa oricăror altor informații care să certifice acest lucru.

Nimic nu împiedica autoritatea contractantă să solicite clarificări vizavi de stabilirea cu certitudine a experienței ofertantului.

Așadar, este clar că autoritatea contractantă trebuia să îi solicite ofertantului, clarificări în legătură cu aspectele reclamate, mai cu seamă că aceasta nu întârzia exagerat și nu afecta evaluarea ofertelor, ci servea exercitării dreptului ofertantului de a își demonstra cu claritate calificarea și realizarea unei evaluări cât mai temeinice a ofertei sale, mai ales prin prisma respectării principiului eficienței utilizării fondurilor publice, principiu prevăzut a sta la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, astfel cum prevăd dispozițiile art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Dreptul în discuție al ofertanților nu trebuie să fie unul iluzoriu, ci efectiv, sens în care însăși Curtea Constituțională, inspirându-se din jurisprudența constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului (Cazul Airey contra Irlandei, 1979, și Cazul Artico contra Italiei, 1980 etc.), a statuat că scopul normelor este nu apărarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci concrete și efective.

În lipsa unor informații suplimentare, susținerile autorității contractante cu privire la neîndeplinirea cerinței de calificare vizând experiența similară sunt considerate lipsite de temei.

Anterior considerării neîndeplinirii cerinței amintite se impunea clarificarea tuturor aspectelor în referire la contractele prezentate ca experiență similară, fiind în interesul autorității contractante, ea fiind cea care trebuie să depună toate diligențele pentru a obține documente și informații care să o asigure de posibilitatea îndeplinirii în mod corespunzător a contractului.

În lipsa unei astfel de clarificări a situației, din documentele prezentate, nu se poate trage concluzia că ofertantul nu îndeplinește cerința stabilită în fișa de date a achiziției, cum în mod eronat susține autoritatea contractantă, doar în funcție de răspunsul primit la solicitarea de clarificări, mai sus stabilită ca fiind necesară, aceasta putând decide în acest sens.

Consiliul reține incidența dispozițiilor art. 78 din H.G. nr. 925/2006, comisia de evaluare având obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Clarificarea este necesară pentru ca autoritatea să nu fie nevoită să deducă ea însăși elemente ale documentelor prezentate de ofertant, pe baza unor informații insuficiente sau nerelevante.

Cu alte cuvinte, în absența clarificărilor relevante, cele raționate de autoritate în raportul procedurii de atribuire și în punctul său de vedere nu pot fi reținute de Consiliu. Admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele.

Având în vedere toate aspectele mai sus evocate, criticile contestorului privind modul de evaluare a ofertei sale sunt apreciate ca fiind întemeiate.

Față de cele constatate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de S.C. S.R.L., în contradictoriu cu S.A. și va anula raportul procedurii de atribuire nr. 22995/18.04.2016, pentru lotul 3, rezultatul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii transmise contestatoarei și societății desemnate câștigătoare, pentru lotul respectiv. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei S.C. S.R.L., și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici, în termenul legal.

În temeiul art. 278 alin. (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va dispune continuarea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului, de admitere a contestației, în ceea ce mă privește, opinez că aceasta nu este în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile, având în vedere următoarele considerente:

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de acesta.

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, oferta contestatorului a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006. Motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de S.C. S.R.L. a fost că:

*Oferta prezentata de dumneavoastră pentru **Lotul 3: Piese de schimb pentru banda Kratzer si concasor zgura** a fost declarata inacceptabila in baza prevederilor art. 36 alin.(1) lit. b) din HG 925/2006, intrucat nu ati indeplinit cerința de calificare privind experiența similara. Din lista principalelor livrări din ultimii 3 ani, contracte de livrare pentru piese de schimb pentru banda Kratzer si concasor zgura (asa cum a fost formulata cerința privind experiența similara in Fisa de date a achiziției la secțiunea III.2.3.a. Capacitatea tehnica si/sau profesionala) s-au regăsit doar contractul nr. 218/18.06.2012 incheiat cu RAAN - Suc. ROMAG-TERMO si contractul nr. 1471/03.11.2011 încheiat cu Complexul Energetic Rovinari S.A. pentru care ati prezentat si document constatator, contracte ce nu pot fi luate in considerare intrucat **termenele de finalizare ale acestora sunt mai mari de 3 ani.***

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depuse de către S.C. S.R.L., Consiliul constată următoarele:

În fișa de date (III.2.3.a. Capacitatea tehnică și/sau profesională) se precizează:

*Cerinta nr. 1: Lista principalelor livrari de produse similare efectuate in ultimii 3 ani (**cei 3 ani se vor calcula prin raportare la data limita de depunere a ofertei**, indiferent de eventuale decalari ale termenului limita prevazut in anuntul de participare publicat initial), continand valori, perioade de livrare, beneficiari, indiferent daca acestia din urma sunt autoritati contractante sau clienti privati.*

Cerinta nr. 2: *Prezentarea unor certificate/ documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de catre clientul beneficiar, care sa confirme livrarea de :*

- Lot 1 - *Piese de schimb pentru mori carbune MVC 4;*
- Lot 2 - *Piese de schimb pentru PAR-uri;*
- **Lot 3 - Piese de schimb pentru banda Kratzer si concasor zgura;**
- Lot 4- *Piese de schimb pentru gratare post ardere;*
- Lot 5 -*Piese de schimb pentru benzi Redller;*
- Lot 6 - *Piese de schimb pentru ELFI;*
- Lot 7 - *Piese de schimb pentru VGA .*

Având în vedere modul de formulare a cerinței de calificare din fișa de date, nu mai poate fi vorba de experiență similară, ci de experiență identică. Deoarece, nimeni nu a contestat această cerință de calificare, privind experiența similară, atât ofertanții, cât și autoritatea contractantă, trebuie să respecte întocmai, cu strictețe, această cerință.

Din caietul de sarcini se poate observa că piesele pentru aceste utilaje sunt diferite și nu pot fi folosite de la unul la altul.

Așa cum arată și autoritatea contractantă în punctul său de vedere: *„mori carbune MVC 4 au rolul de a zdrobi si măcina cărbunele pentru a se obține un praf iar piesele de schimb componente trebuie sa fie rezistente la duritate si temperatura ridicata; PAR-urile sunt preincalzitoare de aer rotativ si au rolul de a incalzi aerul necesar arderii combustibilului iar piesele de schimb componente trebuie sa fie rezistente la temperaturi ridicate, banda Kratzer si concasorul de zgura au rolul de a prelua zgura rezultata in urma arderii cărbunelui iar piesele de schimb componente trebuie sa fie rezistente la abraziune; benzile Redller au rolul de a transporta cărbunele de la statia de buncăr la morile de cărbune, aceste benzi trebuie sa asigure funcționarea continua si la debitul necesar pentru realizarea sarcinii termice a cazanului iar piesele de schimb componente trebuie sa fie rezistente la frecare si abraziune; piesele de schimb pentru ELFI (electrofiltre) au rolul de a filtra cenușa iar piesele de schimb componente trebuie sa fie rezistente la abraziune si temperatura; Piese de schimb pentru VGA (ventilatoare gaze ardere) au rolul de a elimina gazele de ardere, iar piesele de schimb componente trebuie sa fie rezistente la rotatii si temperatura”.*

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerința privind experiența similară, Consiliul constată că aceasta dorește ca ofertanții participanți la procedură să demonstreze că au experiență în domeniul produselor (pieselor) **pentru banda Kratzer si concasor zgura** și că au mai furnizat astfel de produse în ultimii 3 ani de la data depunerii ofertelor (condiții care trebuiesc îndeplinite cumulativ, simultan, nu alternativ).

În cazul de față, potențialul tehnic, care trebuie să reflecte posibilitatea concretă că un anumit operator economic poate duce la îndeplinire contractul (lotul 3), poate fi dovedit numai prin prezentarea unor contracte de produse identice cu cele ce urmează a fi furnizate în

urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, în cazul nostru, **Piese de schimb pentru banda Kratzer si concasor zgura**.

Pentru a demonstra îndeplinirea cerinței de calificare de mai sus, contestatorul a depus următoarele documente:

- certificat constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale referitor contract nr. 218 din 18.06.2012, ce are ca obiect "piese schimb Kratzer", derulat în perioada 18.06.2012-06.10.2012;
- document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale referitor contract nr. 1471/03.11.2011, ce are ca obiect „piese schimb transportor de zgură și cenușă”, derulat în perioada 30.12.2011-12.08.2012.

Conform cerinței din fișa de date, perioada ultimilor 3 ani este 22.03.2013-22.03.2016.

După cum se poate observa cele 2 contracte de mai sus, nu se încadrează în perioada de 3 ani cerută prin fișa de date.

Nici celelalte contracte, menționate în lista principalelor produse furnizate în ultimii 3 ani, și care se încadrează în perioada de 3 ani, nu pot fi luate în considerare, deoarece, având în vedere modul în care a fost întocmită cerința de calificare, autoritatea contractantă dorește, strict, piese pentru **banda Kratzer si concasor zgura**.

Din cele de mai sus, reiese clar că operatorul economic contestator nu a îndeplinit cerința de calificare privind experiența similară, în sensul că nu a prezentat documente constatatoare, *care să dovedească îndeplinirea cerinței* stabilită de autoritatea contractantă în fișa de date.

Astfel, având în vedere prevederile art. 34 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, respectiv „în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte”, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au ținut cont de cerințele obligatorii solicitate prin documentația de atribuire.

De asemenea, autoritatea contractantă, în etapa de evaluare/verificare a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare de către contestator, a respectat principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv cel al nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale pare a fi nefondată, urmând a fi respinsă.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum acesta este întocmit de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, contestatorul nu poate invoca propria culpă ca motiv al nerespectării cerințelor impuse în cadrul documentației de atribuire.

O ofertă care nu îndeplinește una sau mai multe cerințe de calificare stabilite în documentația de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, este o ofertă inacceptabilă, iar potrivit art. 37 din același act normativ doar „*ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile. Oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire*”.

Comisia de evaluare are obligația, conform art. 81 din H.G. nr. 925/2006, de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

Contestatorul nu a respectat dispozițiile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, conform cărora „*ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire*”, în ceea ce privește criteriile de calificare.

În situația în care considera cerințele din documentația de atribuire neclare/ **restrictive**, contestatorul avea posibilitatea de a solicita clarificări în temeiul art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006 / le putea contesta în termenul legal expres stabilit la art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006. În speță, contestatorul nu a dorit să uzeze de aceste drepturi exprese, motiv pentru care documentația de atribuire și-a dobândit forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru operatorii economici participanți.

Așa cum a fost mai sus menționat, documentația de atribuire nu a fost contestată de operatorii economici interesați, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin necontestarea în termen a documentației de atribuire, aceasta și-a dobândit forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți și, mai mult, autoritatea contractantă are obligația verificării strict a cerințelor impuse în cadrul

fișei de date a achiziției potrivit art. 72 alin. (2) lit. b) și art. 34 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006.

Prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Riscul întocmirii ofertelor inclusiv neprezentarea corespunzătoare a unor documente de calificare solicitate în cadrul documentației de atribuire cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii inacceptabile a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul fișei de date a achiziției, care sunt cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească.

Criticile contestatorului privind cerința de calificare „Experiența similară”, din fișa de date publicată în SEAP la data de 04.02.2016, în sensul că această cerință este restrictivă, sunt tardiv formulate la data depunerii contestației, respectiv data de 22.04.2016.

În considerarea celor de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul trebuia să respingă ca nefondată contestația formulată de SC SRL.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie la opinia majorității, considerând totodată necesar să formulez prezenta opinie separată.

MEMBRU COMPLET,

.....

Redactată în exemplare originale, conține (.....) pagini.