

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ../..., formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... și convențional prin Cabinet de Avocat ..., împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 45454/18.11.2021 și a tuturor actelor subsecvente, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „REABILITARE LOCURI DE JOACĂ ÎN ... (INCLUSIV PROIECT TEHNIC ȘI VERIFICARE PROIECT TEHNIC)”, cod CPV 45212120-3 - Lucrări de construcții de parcuri tematice (Rev.2), anunț de participare ../..., s-au solicitat următoarele:

„I. În temeiul art. 22-23 din Legea nr. 101/2016, vă solicităm să dispuneți suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații;

II. Anularea ca netemeinic și nelegal a documentului vătămător RĂSPUNSUL LA SOLICITAREA DE CLARIFICARI NR. 45.454/18.11.2021, urmând să constatați caracterul temeinic al criticilor subscrisei;

III. Pe cale de consecință, obligarea Comisiei de evaluare la modificarea conținutului Documentației de Atribuire conform solicitărilor noastre, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și cu luarea în considerare a motivelor și argumentelor legate de caracterul nelegal sau contradictoriu al anumitor cerințe/criterii de atribuire/factori de evaluare criticați;

IV. În cazul în care cererea de suspendare a procedurii de atribuire va fi respinsă sau nu va fi soluționată în timp util (data depunerii ofertelor fiind 25.11.2021), vă solicităm să dispuneți anularea procedurii în vederea remedierii aspectelor nelegale ce sunt invocate prin contestație, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 98/2016;

V. Obligarea Autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., ... critică răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 45454/18.11.2021 și toate actele subsecvente, elaborate de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*REABILITARE LOCURI DE JOACĂ ÎN ... (INCLUSIV PROIECT TEHNIC ȘI VERIFICARE PROIECT TEHNIC)*”, solicitând cele redată în partea introductivă.

Solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire nu a fost analizată de Consiliu nefiind fost pronunțată o încheiere de suspendare, deoarece contestația nu a făcut dovada constituirii cauțiunii impuse de 61¹ din Legea 101/2016, recipisa de consemnare nefiind primită până la data deschiderii ofertelor – 25.11.2021.

Ca și „chestiuni prealabile”, contestația prezintă argumentele care susțin interesul acesteia în promovarea contestației. Astfel, raportându-se la dispozițiile art. 2 și art. 3 alin. (1) lit. a) și f) din Legea nr. 101/2016, subliniază că acesta este legitim, personal, născut și actual, respectându-se astfel toate cele trei condiții reținute în doctrină.

În acest sens, petenta declară că a îndeplinit toate condițiile de participare și calificare la această procedură, aspecte pe care le apreciază ca fiind esențiale în ceea ce privește legitimitatea interesului, cât și caracterul născut și actual al acestuia și adaugă că interesul său este născut de la data la care a luat cunoștință de anunțul de participare și de documentația de atribuire aferente procedurii în cauză, iar acesta este lezat prin modalitatea nelegală în care solicitările sale de modificare a documentației de atribuire au fost respinse de către autoritatea contractantă. De asemenea, contestația apreciază că interesul său este actual, din moment ce aceasta este interesată de participarea la procedură, însă cu condiția remedierii aspectelor semnalate anterior.

Suplimentar, aceasta adaugă că înțelege să respecte rigorile dispozițiilor art. 61¹ din Legea 101/2016, în sensul constituirii cauțiunii, angajându-se să depună ulterior și recipisa de consemnare.

În fapt, ... arată că este interesată de participarea în cadrul procedurii în cauză, sens în care a și elaborat ofertă, însă în urma unei „analize riguroase” a documentației de atribuire a constatat existența a numeroase cerințe sau mențiuni nelegale/contradictorii ce se impun a fi remediate de către autoritatea contractantă. Astfel, a procedat la emiterea unor solicitări de clarificări care, în opinia contestației, fie au fost respinse, în mod netemeinic și nelegal, prin răspunsul consolidat nr. 45.454/18.11.2021, fie au fost admise într-un mod ambiguu, echivoc și fără a rezolva problema de legalitate invocată prin solicitare.

Criticile formulate de către contestație vizează:

1. CARACTERUL NELEGAL AL MODULUI PRIN CARE S-A RĂSPUNS CU PRIVIRE LA SOLICITAREA DE CLARIFICARE A „TERMENULUI MAXIM” CARE SE POATE OFERTA, RAPORTAT LA CRITERIILE DE ATRIBUIRE DIN CUPRINSUL CAP. II.2.5 DIN F.D.A.; CARACTERUL AMBIGUU ȘI ECHIVOC AL FACTORILOR DE EVALUARE UTILIZAȚI - ÎNTREBARE/RĂSPUNS NR. 15. În această privință, autoarea contestației indică faptul că în anunțul de participare și în fișa de date, la secțiunea *II.2.5 Criterii de atribuire*, se utilizează criteriul „*cel mai bun raport calitate-preț*” și redă extras în care sunt menționați factorii de evaluare utilizați și ponderile aferente acestora.

În urma formulării solicitării sale de clarificări: „*În fișa de date, Secțiunea II.2.5 Criterii de atribuire, nu sunt specificate termenele (perioadele) maxime. Vă rugăm să clarificați care este termenul maxim ce se poate oferta*”, organizatoarea procedurii a răspuns „*Respectivele mențiuni apar dintr-o eroare de editare. Intervale de referință criterii de atribuire conform FDA sunt următoarele: - Perioada de mentenanță gratuită minim 12 luni; (CS, pag. 18); - Termen de furnizare/livrare și montaj: a se citi în loc de «90 de la predarea amplasamentelor/contractului subsecvent», «maxim 90 de zile de la predarea amplasamentelor»; - Termenul de garanție minimă: 36 luni (CS, pag.18)*”.

Contestatoarea consideră că, prin acest răspuns, autoritatea contractantă a confirmat cele sesizate, însă măsura adoptată de aceasta a ignorat efectiv obiectul real al clarificării, criteriile de atribuire păstrând același caracter nelegal inițial semnalat, nefiind respectate dispozițiile art. 189 din Legea nr. 98/2016.

În sprijinul afirmației sale potrivit căreia acest răspuns este unul evaziv, neclar și contrar documentației de atribuire, ... arată că, după ce inițial autoritatea contractantă a transmis că toate mențiunile în discuție „*apar dintr-o eroare de redactare*”, precizează în continuare:

A. „*Perioada de mentenanță gratuită minim 12 luni; (CS, pag. 18)*”, prezentând și menținând un termen minim, dar nefiind clar până unde se poate aprecia termenul maxim ce poate fi ofertat și căruia i se atribuie punctajul maxim de 20 de puncte.

B. „*Termen de furnizare/livrare și montaj: a se citi în loc de «90 de la predarea amplasamentelor/ contractului subsecvent», «maxim 90 de zile de la predarea amplasamentelor»;”*, răspuns contrar prevederilor contractuale, având în vedere că durata de execuție a lucrărilor conform contract este de maxim 24 de luni de la emiterea ordinului de începere a lucrărilor, astfel, cele două termene fiind în contradicție.

C. „*Termenul de garanție minimă: 36 luni (CS, pag. 18)*”, prezentând și menținând un termen minim, dar nefiind clar, nici de data aceasta, până unde se poate interpreta termenul maxim ce poate fi ofertat și căruia i se atribuie punctajul maxim de 10 de puncte.

În opinia contestatoarei, în această manieră, documentația de atribuire permite comisiei de evaluare ca, în procesul de evaluare a ofertelor, respectiv de acordare a punctajelor aferente factorilor de evaluare, să utilizeze criterii totalmente subiective, al căror conținut nu este detaliat sau cuantificat suficient. Astfel, autoritatea contractantă ar beneficia de o libertate totală în evaluarea ofertelor, neputându-se verifica în vreun fel, de către un observator independent, dacă aceste constatări ale sale sunt sau nu întemeiate, întocmai pentru că modalitatea ambiguă de evaluare a acestor factori este concepută așa încât să impună judecăți de valoare care, prin natura lor, nu pot fi verificate.

Ca o consecință a celor redate, consideră autoarea contestației, din dorința ofertanților de a obține un punctaj mare sau chiar maxim, fără a avea o limită maximă ce se poate oferta, se pot atinge termene nereale, nelimitate. În acest sens, invocă și redă din jurisprudența C.N.S.C., ce se arată constantă în a anula factori de evaluare precum cei în discuție, care exprimă un caracter subiectiv sau ambiguu, nepermițând o minimă verificare/combateră din partea ofertanților.

2. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚEI DIN FDA SI CAIETUL DE SARCINI REFERITOARE LA "PREZENTAREA CERTIFICATULUI ISO 45001"- ÎNTREBARE/RĂSPUNS NR. 5.

Referitor la acest aspect, ... expune solicitarea sa „Menționez că cap III.1.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului din Fișa de date se referă doar la certificările pentru asigurarea managementului calității ISO 9001 sau echivalent, managementului de mediu ISO 14001 sau echivalent.

Precizăm că în Fișa de Date la «Certificate emise de organisme independente cu privire la sistemele sau standardele de management de mediu» apare ca cerință menționată «Operatorul economic trebuie să dețină și să prezinte certificările pentru managementului sănătății și securității ocupaționale ISO 45001 sau echivalent, în valabilitate...» și subliniază faptul că ISO 45001 nu aparține familiei de standarde privind sistemul de management al calității și nici al mediului, fiind sistemul de management al sănătății și securității în muncă, această practică fiind criticată și anterior Legii nr. 98/2016 (art. 10 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011).

Contestatoarea apreciază că refuzul autorității contractante de a modifica în consecință documentația de atribuire este unul vădit nelegal. Mai mult, completarea prin care se permite dovedirea îndeplinirii cerinței prin prezentarea dovezilor de deținere a certificării pentru standardul ISO OHSAS 18001:1999 nu este în măsură să justifice desconsiderarea solicitării sale, ci dimpotrivă, îi confirmă temeinicia și relevanța.

3. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚEI DE LA PCT 4 - CAP III.1.1.B) DIN FDA - CAPACITATEA DE EXERCITARE A ACTIVITĂȚII PROFESIONALE - "OPERATORUL ECONOMIC TREBUIE SĂ

DEȚINĂ ȘI SĂ PREZINTE AUTORIZAREA/CERTIFICAREA PERSONALULUI DESEMNAT, CONFORM CR4/2009, SUDORI AUTORIZAȚI ISCIR" - ÎNTREBARE/RĂSPUNS NR. 6

În această privință, petenta susține că a solicitat eliminarea cerinței referitoare la „sudori autorizați ISCIR” având în vedere faptul că solicitarea autorității contractante „Autorizația pentru montare-reparare și întreținere-revizie este valabilă numai în cadrul agentului economic pentru care a fost autorizat personalul (PT R19/2002)” coroborat cu cerința referitoare la „sudori autorizați” nu este susținută de legislația ISCIR în vigoare. Astfel, autorizațiile pentru montare-reparare și întreținere-revizie eliberate de ISCIR pot fi autorizații pentru montare echipamente de agrement "cu sudura" sau "fără sudura", așadar cerința este nelegală în sensul că restricționează participarea operatorilor economici autorizați ISCIR pentru montare-reparare și întreținere-revizie echipamente de agrement care folosesc proceduri de montaj fără sudură. În plus, contestatoarea face precizarea că în caietul de sarcini nu sunt prevăzute sau impuse lucrări de sudură a echipamentelor descrise, iar legislația ISCIR nu prevede că procedurile operatorilor economici autorizați pentru montare-reparare și întreținere-revizie "cu sudură" ar fi superioare celor "fără sudură". Așadar, operațiunile de sudură nu sunt corelate cu cerințele din caietul de sarcini.

... atrage, de asemenea, atenția asupra faptului că prin *Anexa 1.1* se solicită echipamente care se montează "cuplate solidar prin ansamblu șurub-piuliță", iar în caietul de sarcini și răspunsul la solicitările de clarificare se solicită sudori autorizați ISCIR și subliniază că autoritatea contractantă nu a justificat relevanța solicitării față de operațiunile de montaj descrise în *Anexa 1.1*, și nici raportat la operațiunile de reparare/întreținere/revizie care prevăd înlocuirea subansamblelor defecte în loc de „sudură”.

Coroborând aceste cerințe cu răspunsul la întrebarea nr. 23, prin care pentru producători (inclusiv din afara țării) nu se solicită nici autorizare ISCIR și nici autorizare a sudorilor autorizați ISCIR, contestatoarea consideră că există posibilitatea ca aceștia să aplice montajul prin cuplare "solidar prin ansamblu șurub-piuliță", așadar fără operațiuni de sudură. În acest caz, apreciază că refuzul aplicării tratamentului egal și al permiterii participării tuturor operatorilor autorizați ISCIR în domeniu care pot asigura montajul/punerea în funcțiune a echipamentelor de joacă este vădit restrictiv.

4. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚEI DIN FIȘA DE DATE - CAP II.2.5- CRITERII DE ATRIBUIRE - FACTOR EVALUARE PUNCTAT CU 20%: PERIOADA DE MENTENANȚĂ GRATUITĂ, POTRIVIT CĂREIA „OPERATORUL ECONOMIC CĂRUIA I SE VA ATRIBUI CONTRACTUL DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ VA TREBUI SĂ PRESTEZE, FĂRĂ ALTE COSTURI, SERVICII DE MENTENANȚĂ DUPĂ EXPIRAREA GARANȚIEI DE BUNĂ EXECUȚIE” (ADICĂ DUPĂ PROCESUL VERBAL DE RECEPȚIE FINALĂ CARE

CONFIRMĂ ÎNDEPLINIREA OBLIGAȚIILOR CONTRACTUALE) - ÎNTREBARE/RĂSPUNS NR. 8.

Făcând trimitere la art. 3 alin. (1) din Legea 98/2016, în care contractul de achiziție publică este definit, printre altele, ca fiind un contract cu titlu oneros și explicând semnificația termenului, autoarea contestației susține că, în speța de față, autoritatea contractantă dorește să obțină în mod nelegal prestarea gratuită a unor servicii de către contractantul său, ceea ce contravine însăși naturii contractului de achiziție publică.

5. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚEI DIN CAIETUL SARCINI -PAG 24 – NOTA - ÎNTREBARE/RĂSPUNS NR. 9.

Redând cerința solicitată a fi eliminată (*„NOTĂ: În vederea demonstrării capacității de asigurare a documentațiilor privind întocmirea analizelor de risc în exploatare și realizarea rapoartelor tehnice în vederea solicitării admiterii în funcționare Pe parcursul evaluării tehnice, autoritatea contractantă poate solicita operatorului economic prezentarea realizării unei analize de risc în exploatare și a realizării unui raport tehnic pentru admiterea funcționării, similare celor solicitate pentru spațiile de joacă ce fac obiectul procedurii”*), ... declară că o asemenea condiționare este contrară dispozițiilor art. 179 din Legea nr. 98/2016, impunerea în discuție contravenind și dispozițiilor art. 172 alin. (1), (2) din același act normativ.

Chiar dacă cerințele sunt utilizate prin impunerea lor în cadrul instrucțiunilor de elaborare a propunerilor tehnice, și nu în cadrul „criteriilor privind capacitatea”, contestatoarea consideră că solicitarea documentelor criticate excede plajei de cerințe de calificare pe care, conform legii, autoritatea contractantă le poate solicita, iar refuzul de a se conforma solicitării sale de clarificări în acest sens este unul nelegal.

6. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚELOR DIN CAIETUL SARCINI - PAG 26 - ÎNTREBARE/RĂSPUNS 10.

Ulterior expunerii cerinței autorității contractante *„Operatorul economic trebuie să prezinte, pentru fiecare echipament ofertat, o schiță (foto) cu reprezentarea subansamblurilor (piesele de schimb livrabile) pe desenul de ansamblu și o listă cu subansambluri (piese de schimb livrabile - conform art. 6.1.2. alin. g) și 6.1.3. din SR EN1176-1:2018). Listele cu subansamburi (piese de schimb) se vor prezenta sub forma de tabel, în care se vor trece: cod, denumire, cantitate utilizată în realizarea echipamentului, preț fără TVA. De asemenea operatorul economic va trebui să prezinte și o declarație/angajament a producătorului conform căreia acesta va asigura piese de schimb pentru echipamentele oferite, pe o perioadă de minim 10 ani, de la furnizarea, montarea acestora. Prin prezentarea acestor documente, autoritatea contractantă va obține pe de o parte, o evaluare și o estimare cât mai corectă a costurilor de întreținere, fiind în măsură să se previzioneze cheltuielile cu acest tip de*

serviciu, în spiritul utilizării cu eficiență și eficacitate a fondurilor publice, iar pe de altă parte va fi o garanție suplimentară a realizării planului de mentenanță obligatoriu (întreținere și revizie), a verificărilor tehnice periodice, programate sau neprogramate, conform cap. 6, art. 6.2, alin. 6.2.5, cap. 7 art. 7.1, alin. 7.1.1, paragraful b), alin. 7.2.1, cap. 8 i cap. 9 din PTR 19 /2002 si art. 8, alin. 4 din HG 435/2010;

Operatorul economic va prezenta, în cadrul propunerii tehnice, o declarație/acord a/al producătorului de comercializare a produselor oferite”, contestatoarea susține că, raportat la modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să elaboreze documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri, se poate constata că documentele aferente primei cerințe sunt relevante pentru desfășurarea unui contract viitor de asigurare a pieselor de schimb și a efectuării procedurilor de revizie și întreținere și nu pentru evaluarea conformității propunerii tehnice a cărui obiect este un contract de proiectare și execuție parcuri de joacă (durata contractului 26 luni + minim 36 luni garanție), aspect confirmat și de obiectul contractului, așa cum este descris în caietul de sarcini și în listele de cantități de lucrări.

Aceasta menționează, de asemenea, că, în cazul în care autoritatea contractantă dorește și obținerea prestării serviciului de revizie-întreținere și asigurarea de piese de schimb, atunci aceste servicii trebuie să fie incluse în obiectul contractului de achiziție publică, cu toate consecințele ce decurg din aceasta, respectiv, menționarea specificațiilor tehnice în caietul de sarcini (astfel încât operatorii economici să fie în măsură să își elaboreze o propunere tehnică de natură să satisfacă necesitatea autorității și o propunere financiară care să reflecte prețul acestei prestații), stabilirea unor cerințe de calificare corespunzătoare (dacă este cazul), și reguli de elaborare a ofertei financiare (care să cuprindă și astfel de activități).

Date fiind cele prezentate, petenta apreciază că impunerea cerinței de prezentare a unei liste de prețuri pentru piesele de schimb (care se înțelege că trebuie menținută de către operatorul economic pe o perioadă de 10 ani) este nelegală, fiind încălcate rigorile și limitele stabilite de legiuitor în ceea ce privești stabilirea cerințelor de calificare/participare la procedură.

Referitor la declarațiile/acordurile producătorului, ... face precizarea că solicitările organizatoarei procedurii fac referire, pe de o parte, la terți care nu sunt implicați direct în procedura de atribuire (producătorul), și subliniază că producătorul nu este operator economic participant la procedură, iar solicitarea de declarații/acorduri care nu privesc operatorii economici participanți la procedură sau certificările referitoare la calitatea produselor este o impunere contrară legislației în vigoare, sens în care redă dispozițiile art. 31 din HG nr. 395/2016.

7. NELEGALITATEA MENȚINERII SPECIFICAȚIILOR TEHNICE IMPUSE PENTRU ECHIPAMENTELE DE JOACĂ CARE FAC OBIECTUL

PROCEDURII (ANEXA 1.1 CENTRALIZATOR ȘI DATE TEHNICE) - ÎNTREBARE/RĂSPUNS 11.

Indicând faptul că modul în care sunt descrise echipamentele a determinat contestatoarea să considere că acestea ar aparține unui producător anume, identificat ca fiind ..., iar, descrierilor din documentul ANEXA 11 le lipsește sintagma „sau echivalent”, ... susține că cerința în discuție este impusă prin încălcarea gravă a legislației în vigoare constituită de dispozițiile art. 49 - 50 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, în opinia contestatoarei, refuzul autorității contractante de accepta la ofertare echipamente similare care îndeplinesc aceeași funcționalitate/complexitate și de a clarifica în mod transparent și detaliat care este "echivalența" acceptată în materie de dimensiuni, componență sau funcționalitate încalcă flagrant dispozițiile art. 71 din Legea nr. 98/2016, art. 8 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, precum și art. 23 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Mai mult, aceasta semnalează că lipsa menționării sintagmei „sau echivalent” a condus la aplicarea de către Curtea de Conturi a României a numeroase corecții financiare în sarcina autorităților contractante și consideră că acest fapt garantează aplicarea aceleiași măsuri și în cazul de față.

8. + 9. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚEI PENTRU EXPERIENȚĂ SIMILARĂ PROIECTARE, CUPRINSĂ ÎN FIȘA DE DATE, AFERENTĂ ÎNTREBĂRII/RĂSPUNSULUI NR. 13 și respectiv, NR. 14.

Redând cerința autorității contractante (*„Pentru serviciile de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului: Pentru proiectare, experiența similară trebuie asigurată dintr-un contract de proiectare faza P.T. + Asistență tehnică proiectant la valoarea minimă de 421.383,47 lei fără TVA în ultimii 3 ani. Prin experiență similară se înțelege construire și reabilitare locuri de joacă”*), contestatoarea precizează că a solicitat clarificarea/justificarea acesteia, considerând-o restrictivă și nejustificată.

În aplicarea Instrucțiunilor de bună practică, emitent ANAP (Instrucțiune nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017) și ținând cont de codul CPV al procedurii, 45212120-3 Lucrări de construcții de parcuri tematice (Rev. 2), petenta a solicitat autorității contractante să precizeze ce se înțelege prin lucrări/servicii similare sau superioare din punct de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției, prin raportare la exemplele de bună practică emise de ANAP.

Aceasta subliniază că solicitarea din fișa de date a achiziției în ceea ce privește experiența similară, dovedită numai prin contracte de *„construire și reabilitare locuri de joacă”* și impusă atât prin numărul de contracte (unul) cât și valoric (valoarea minimă de 421.383,47 lei fără TVA), este restrictivă și îngreunează nejustificat participarea operatorilor economici care pot face dovada capacității tehnice și prin contracte care dovedesc o complexitate mai mare și se încadrează în tipologia

activităților contractului, iar refuzul organizatoarei procedurii de a da curs acesteia este unul vădit nelegal.

9. NELEGALITATEA MENȚINERII CERINȚEI PENTRU EXPERIENȚA SIMILARĂ EXECUTAREA DE LUCRĂRI DE TIPUL SPECIFICAT, CUPRINSĂ ÎN FIȘA DE DATE - ÎNTREBARE/RĂSPUNS NR. 14.

Considerând, de asemenea, restrictivă și nejustificată cerința autorității contractante privind experiența similară (*„Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat. Pentru execuție lucrări, experiența similară trebuie asigurată din două contracte similare, la valoarea minima de 8.822.758,91 lei fără TVA în ultimii 5 ani. Prin experiență similară se înțelege construire și reabilitare locuri de joacă - conform caietului de sarcini”*), ... a solicitat clarificarea/justificarea acesteia.

În aplicarea Instrucțiunilor de bună practică, emitent ANAP (instrucțiune nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017) și având în vedere codul CPV al procedurii, 45212120-3 - Lucrări de construcții de parcuri tematice (Rev.2), aceasta a solicitat organizatoarei procedurii să precizeze ce se înțelege prin lucrări/servicii similare sau superioare din punct de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției, prin raportare la exemplele de bună practică emise de ANAP.

Aceasta specifică faptul că solicitarea din fișa de date a achiziției în ceea ce privește experiența similară, dovedită numai prin contracte de *„construire și reabilitare locuri de joacă”* și impusă atât prin numărul de contracte (două) cât și valoric (valoarea minima de 8.822.758,91 lei fără TVA), este restrictivă și îngreuează nejustificat participarea operatorilor economici care pot face dovada capacității tehnice și prin contracte care dovedesc o complexitate mai mare și se încadrează în tipologia activităților contractului, iar respingerea solicitării de reanalizare a cerinței impuse și republicarea acesteia în conformitate cu legislația în vigoare este, în mod cert, nelegală.

Concluzionând, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost motivată, precum și dispunerea suspendării procedurii de atribuire, indicând data depunerii ofertelor ca fiind 25.11.2021 și opinând că permiterea derulării în continuare a unei proceduri viciate ar afecta atât ofertanții participanți, cât și propriile sale interesele.

În drept, ... își întemeiază contestația pe prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, precum și pe cele ale HG nr. 395/2016.

Dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă a fost atașată.

Prin adresa nr. 46212/24.11.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., autoritatea contractantă ... transmite la dosarul cauzei punct de vedere cu privire la solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire, precizând în cuprinsul documentului faptul că

termenul de 25.11.2021, ora 15:00, de depunere a ofertelor, este un termen extins cu 3 zile față de cel inițial și exprimându-și dezacordul în privința suspendării procedurii.

Dovada comunicării adresei către contestatoare a fost atașată.

Prin adresa nr. .../..., în temeiul art. 61¹, alin. (1) din Legea nr. 101/2016, C.N.S.C. solicită contestatoarei dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 35.000,00 lei.

Ca urmare a solicitării Consiliului anterior menționată, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., contestatoarea trimite recipisa de consemnare cu nr. ... din data de ..., a sumei de 35.000,00 lei, emisă de CEC BANK, sucursala

Prin intermediul adresei nr. 47223/06.12.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., ... transmite că, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, decide anularea procedurii de atribuire.

În urma adresei antementionate, ... transmite punct de vedere înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../... prin care declară că măsura adoptată de către autoritatea contractantă nu răspunde „*sub nicio formă*” criticilor aduse documentației de atribuire, iar capătul de cerere constând în anularea procedurii trebuie admis ca și consecință a admiterii criticilor sale cu privire la nelegalitatea modului de întocmire a acesteia.

Contestatoarea susține că, în lipsa soluționării de către Consiliu a capetelor de cerere cu care acesta a fost investit referitor la nelegalitatea anumitor cerințe/mențiuni din cuprinsul documentației de atribuire și în lipsa obligării comisiei de evaluare la adoptarea de măsuri concrete, autoritatea contractantă va relua procedura cu publicarea aceleiași documentații vădit nelegale.

Considerând că lipsa indicării măsurilor de remediere care au condus la decizia anulării procedurii face ca motivele de nelegalitate în ceea ce privește documentația de atribuire să subziste în continuare, autoarea contestației solicită Consiliului să procedeze la analiza integrală a acestora și, în eventualitatea admiterii lor, să dispună obligarea comisiei de evaluare la remedierea documentației de atribuire în sensul celor analizate, iar ca și consecință a dispunerii acestor obligații în sarcina comisiei de evaluare, să se dispună anularea procedurii în temeiul art. 212 alin. 1 lit. c) din legea nr. 98/2016.

Raportat la răspunsul la solicitările de clarificări, emis de autoritatea contractanta sub nr. 46.026/23.11.2021, petenta înțelege să renunțe la capătul de cerere nr. 3 din contestație, prin care a invocat „*nelegalitatea menținerii cerinței de la pct. 4 - Cap III.1.1.b) din FDA-Capacitatea de exercitare a activității profesionale - «Operatorul economic trebuie să dețină și să prezinte autorizarea/certificarea personalului desemnat, conform CR4/2009, sudori autorizați ISCIR» - Întrebare/Răspuns nr. 6*”, ca urmare a măsurii de remediere dispuse de autoritatea contractantă în sensul eliminării acesteia.

Cu privire la răspunsul organizatoarei procedurii, legat de Întrebarea/Răspunsul nr. 15 din cuprinsul aceluiași document emis la 23.11.2021, contestatoarea indică faptul că solicitarea sa cu privire la nelegalitatea criteriilor de atribuire nu a fost acceptată, motiv pentru care își menține criticile din cuprinsul contestației cu privire la acestea.

În concluzie, ... solicită admiterea contestației așa cum aceasta a fost motivată și precizată în sensul renunțării la capătul 3 de cerere, precum **și dispunerea anulării procedurii** ca și consecință a obligațiilor de remediere ce urmează a fi dispuse în sarcina comisiei de evaluare, întrucât permiterea reluării procedurii fără soluționarea criticilor sale legate de documentația de atribuire ar permite demararea unei noi proceduri viciate.

Dovada comunicării către autoritatea contractantă a punctului de vedere mai sus prezentat, a fost atașată dosarului cauzei prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../....

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., autoritatea contractantă ... transmite dosarul achiziției în copie, conform cu originalul.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*REABILITARE LOCURI DE JOACĂ ÎN ... (INCLUSIV PROIECT TEHNIC ȘI VERIFICARE PROIECT TEHNIC)*”, cod CPV 45212120-3 - Lucrări de construcții de parcuri tematice (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare .../....

La pct. II.1.5) *Valoarea totală estimată* din cadrul anunțului de mai sus se precizează 9.421.519,87 lei, fără TVA, iar la punctul II.2.5) criteriul de atribuire indicat este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

În urma luării la cunoștință a documentației de atribuire, în termenul legal, ... a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând cele redată în partea introductivă.

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

Consiliul reține că, în speță, părțile se află în dispută asupra dreptului autorității contractante de a impune, în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP, „a numeroase cerințe sau mențiuni nelegale/contradictorii ce se impun a fi remediate de către autoritatea contractantă”, pentru care contestatoarea a emis solicitări de clarificări care, în opinia contestatoarei, „*fie au fost respinse, în mod netemeinic și nelegal, prin răspunsul consolidat nr. 45.454/18.11.2021, fie au fost admise într-un mod ambiguu, echivoc și fără a rezolva problema de legalitate invocată prin solicitare*”.

Potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: “După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de

remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP”.

În acest sens, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP adresa nr. 47223/06.12.2021, în care se precizează că: ”în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016 ..., art. 212 alin. 1 lit. c care prevede: «(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...); c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului», (...) autoritatea contractantă ... decide anularea procedurii «Reabilitare locuri de joacă în ... (inclusiv proiect tehnic și verificare proiect tehnic)», întrucât există necorelări în datele furnizate de autoritatea contractantă, fiind în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”.

Or, în condițiile în care contestația solicită și: ”să dispuneți anularea procedurii în vederea remedierii aspectelor nelegale ce sunt invocate prin contestație, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 98/2016”, Consiliul apreciază că, în speță, sunt incidente dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai sus citate, precum și cele ale alin. (2) al aceluiași articol: ”(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”.

Relevante sunt, în opinia Consiliului, și dispozițiile art. 83 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit cărora: ”Informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției și, pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire”.

De asemenea, conform art. 155 alin. (6) din cadrul aceluiași act normativ: ”Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”.

Prin referire la motivarea de mai sus, luând în considerare inclusiv complexitatea obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, Consiliul

constată că anularea procedurii de atribuire în cauză constituie o măsură de remediere în sine, prin raportare la circumstanțele de fapt relevante ale cauzei, în situația în care, decizia de anulare a unei proceduri poate fi luată de autoritatea contractantă, oricând pe parcursul derulării acesteia, motivată de cazurile legale în care este permisă anularea.

Consiliul reține în soluționare, lipsa argumentelor autorității contractante din punctul său de vedere, care să combată criticile contestatoarei, astfel că are convingerea că documentația de atribuire nu respectă normele legale în vigoare, din domeniul achizițiilor publice, prin urmare se impune luarea acestei măsuri extreme.

În același timp, Consiliul reține că decizia de anulare a procedurii nu produce vreun prejudiciu contestatoarei, care nu a depus ofertă, iar prin anularea și inițierea ulterior, a unei alte proceduri, cu același obiect, aceasta are ocazia de a depune ofertă în noua procedură.

Raționamentul de mai sus este valid și la nivelul curților de apel, un exemplu în acest sens, fiind Decizia nr. 575/2019, emisă de CURTEA DE APEL ..., potrivit căreia *„(...) motivele de fapt sunt clare și nesusceptibile de interpretare, iar finalitatea aceeași din perspectiva legii, petenta nu se poate prevala de vreo vătămare a drepturilor sau intereselor legitime, din contră, principiile fundamentale care stau la baza procedurii de atribuire reclamând luarea măsurii contestate în cauză. Tocmai datorită încălcării, în circumstanțele date, a dispozițiilor prin care se conservă cerințele de nediscriminare și asigurare a unui tratament legal, nici nu este necesar a se cerceta în ce măsură se putea identifica o metodă tehnică de reluare a procedurii, soluția prevăzută de lege fiind anularea procedurii”*.

Potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„Consiliului se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*.

Întrucât, în cadrul anunțului de participare simplificat nr. .../..., din SEAP, în secțiunea „Stare procedură”, autoritatea contractantă a publicat mențiunea: „Anulată”, publicând în data de 06.12.2021 și „Adresa de anulare procedură” având nr. 47223, Consiliul constată că măsura luată de către aceasta coincide cu solicitarea din contestația formulată de ..., respectiv: *”să dispuneți anularea procedurii în vederea remedierii aspectelor nelegale ce sunt invocate prin contestație, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 98/2016”*.

Astfel, urmare a acestei măsuri publicată în SEAP de către autoritatea contractantă, cu respectarea principiului transparenței statuat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, solicitările contestatoarei sunt rămase fără obiect, urmând a fi respinse ca atare. Orice altă analiză a documentației astfel anulate, sau a vreunei alte măsuri de remediere a cerințelor acesteia nu ar avea niciun efect în cazul inițierii unei noi proceduri de atribuire, Consiliul neputând să oblige autoritatea

contractantă la astfel de măsuri pentru o altă procedură decât cea în cadrul căreia a fost investită prin prezenta contestație.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca rămasă fără obiect, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge cererea de obligare a autorității contractante la *"suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu"*.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca rămasă fără obiect, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în

Pe cale de consecință, respinge cererea de obligare a autorității contractante la *"suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu"*.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

...

Membru,

...

...

Membru,

...

...

Redactat practicaua deciziei

...

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