CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 73/27.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 40488/27.09.2017, depusă de către SC ...SRL cu sediul în Piatra Neamț, Str. …, înregistrată în Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul …, CUI …, reprezentată legal prin … în calitate de administrator, reprezentat convențional prin …, cu domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură în …, formulată împotriva deciziei de declarare ca inacceptabilă a ofertei sale, decizie comunicată prin adresa nr. 23191/18.09.2017, emisă de către ... cu sediul în …, în calitate de organizatoare a procedurii având ca obiect "..., s-a solicitat:

- Anularea Deciziei nr. 23191/18.09.2017, de declarare a ofertei ... ca fiind inacceptabilă;
- Anularea Deciziei de respingere a notificării prealabile nr. 23763/21.09.2017;
- Continuarea procedurii de atribuire a contractului, cu luarea în considerare a ofertei ....
- Anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. 515/C4/3480/02.10.2017, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a respins.

La data de 09.10.2017, SC ... SA cu sediul în …, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. …, Cod de Înregistrare Fiscală …, reprezentată legal prin dl. …, a depus cererea de intervenție nr. 5626/06.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 42235/09.10.2017, prin care solicită admiterea în principiu a cererii și dispunerea introducerii sale, în calitate de intervenienta, în dosarul aflat pe rolul Consiliului și, pe fond, respingerea contestației ca nefondată, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ...SRL, în calitate de ofertant în cadrul procedurii pentru atribuirea contractului de furnizare antemenționat, critică decizia nr. 23191/18.09.2017, prin care oferta depusă de ... a fost declarată inacceptabilă, precum și decizia de respingere a notificării prealabile nr. 23763/21.09.2017, solicitând: anularea deciziei nr. 23191/18.09.2017, anularea deciziei de respingere a notificării prealabile nr. 23763/21.09.2017, cu constatatrea valabilității ofertei ... și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a acesteia.

Pentru abateri grave de la prevederile Legii nr. 98/2016, SC ...SRL solicită anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, cu luarea în considerare a ofertei ....

În Societatea ... a depus ofertă în cadrul procedurii organizate de ..., pentru contractarea a trei lucrări de semaforizare a trei intersecții din orașul Câmpina, respectiv:

- ✓ Lotul I - Semaforizare intersecție B-dul ..., valoarea estimată - 850.780 lei, fără TVA;
- ✓ Lotul II - Semaforizare intersecție B-dul ..., valoarea estimată - 287.000 lei, fără TVA;
- ✓ Lotul III - Semaforizare intersecție str. ... - valoarea estimată - 309.690 lei;

Contestatoarea susține că oferta sa îndeplinește toate condițiile pentru a fi desemnată câștigătoare a acestei proceduri de atribuire.

Astfel, în cuprinsul ofertei sale, în cadrul DUAE și a ofertei tehnice, SC ...SRL a menționat că lucrările ofertate vor fi realizate împreună cu 2 terți susținători: ...SRL și .... Conform DUAE transmis, SC ...SRL a prezentat următoarele lucrări executate în ultimii 5 ani:

1. Lucrare semaforizată localitate ..., str. ..., județul ... în valoare de 247.000 lei;
2. Lucrare semaforizată localitate ... în valoare de 120.000 lei;
3. Livrare automate semaforizate în localitatea ..., ...- 1.665.200 euro;
4. Livrare automate semaforizate în localitatea ..., ...- 1.100.000 euro;
5. Sistem inteligent de trafic în localitatea ..., ... în valoare de 19.600.000 euro.

Din DUAE transmis rezultă că:

- ...a realizat lucrarea nr. (1) din localitatea ...;
- ...a realizat lucrarile nr. (3), (4) și 5).

Prin Decizia nr. 23191/18.09.2017, ... a declarat "inacceptabilă" oferta contestatoareului, motivat de faptul că, raportat la lucrarea

anterioară efectuată în orașul ..., în valoare de 120.000, aceasta nu îndeplinește criteriul de acoperire a lucrării ofertate de 50% din experiența similară solicitată pentru fiecare lot în parte.

Prin urmare, autoritatea contractantă s-a raportat la faptul că, din valoarea ofertată pentru primul lot, SC ...SRL trebuia să acopere 50% din valoarea estimată a primului lot, respectiv 425.000 lei.

Împotriva deciziei prin care oferta sa a fost declarantă inacceptabilă, SC ...SRL a formulat la data de 21.09.2017, notificare prealabilă, în conformitate cu prevederile art. 6 și următoarele din Legea nr. 101/2016, la care autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. 23763/21.09.2017, în care a precizat că își menține punctul de vedere cu privire la declararea ofertei acestei oferte ca inacceptabilă.

Contestatoarea consideră că în mod eronat oferta sa a fost declarată inacceptabilă, deși aceasta îndeplinește toate condițiile de calificare impuse de lege. Față de argumentul autorității contractante menționat anterior, petenta apreciază s-a făcut o intrepretare greșită a dispozițiilor legale invocate, fiindcă s-a raportat la o singură lucrare similară prezentată în DUAE și nu la toate lucrările similare prezentate de către SC ...SRL, având în vedere că Legea nr. 98/2016 stabilește următoarele:

- ✓ *art. 113 alin. 12 În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi pentru maximum 50% din cerinţa ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c);*
- ✓ *art. 113 alin. (11) lit. c) Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare şi selecţie, aceasta poate solicita doar cerinţe privind:*

  c) experienţa similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) şi b).
- ✓ *art. 179 Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:*

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoţită de certificate de bună execuţie pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă;

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor şi a beneficiarilor publici sau privaţi; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă;

În opinia contestatoarei, în cazul de față, autoritatea contractantă a făcut o interpretare greșită a legii, prin prisma art. 14 din Instrucțiunea nr. 2 din 19 aprilie 2017, emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016. Petenta învederează că

Instrucțiunea este emisă având în vedere interpretarea dată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), principiului proporționalității din dreptul comunitar, respectiv *"impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite*".

Prin urmare, experiența similară ar fi trebuit să fie evaluată raportat la valoarea cumulată a lucrărilor similare prezentate în DUAE. Astfel, autoritatea trebuia să ia în considerare 50% din valoarea totală a lucrărilor prezentate de membrii grupului în DUAE: adică 50.505.200 lei din totalul 101.010.400 lei, valoare ce depășește cu mult pragurile valorice instituite prin anunțul de participare simplificat, respectiv pragul maxim de 425.000 lei.

În acest context, petenta apreciază că autoritatea contractantă a făcut o interpretare greșită a dispozițiilor legale în vigoare, încălcând inclusiv principiul proporționalității instituit de Curtea Europeană de Justiție, declarând ca inacceptabilă oferta SC ...SRL. Astfel, contestatoarea opinează că prevederile legale referitoare la posibilitatea susținerii unor terți pentru maximum 50% din cerința privind experiența similară, se aplică doar în situația în care SC ...SRL ar fi prezentat ca experiență similară lucrări realizate cu alți terți și ar fi efectuat oferta de atribuire a contractului singur sau împreună cu alți terți.

Legea, astfel cum a fost interpretată de Instrucțiunea citată, privește ofertantul care participă împreună cu terții la o achiziție publică ca un tot unitar luând în considerare întreaga experiență a acestora mai ales că lucrările vor fi executate împreună de aceștia.

Petenta apreciază că măsura impusă de autoritatea contractantă este o măsură restrictivă în sensul Instrucțiunii și reprezintă o interpretare greșită a legii, motiv pentru care solicită anularea acesteia, menționând totodată că art. 7 din Instrucțiune prevede: *(1) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la experiența similară, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, precum și necesitatea solicitării acestora în raport cu natura și anvergura contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit în cadrul strategiei de contractare. Prin intermediul acesteia vor fi prezentate argumentele pentru care un operator economic ce nu îndeplinește nivelul de complexitate asociat cerinței de către autoritatea/entitatea contractantă sau nu îl poate atinge prin numărul de contracte impus nu ar avea capabilitățile necesare pentru a duce la bun sfarșit contractul ce urmează a fi atribuit.*

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a justificat în niciun mod cerința solicitată prin decizia de declarare ca inacceptabilă a ofertei sale, decizie pe care contestatoarea o consideră abuzivă și restrictivă. Totodată, art. 54 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016, prevede că autoritatea contractantă are obligația de a stabili cerințe și

calificări operatorilor care participă în comun la procedura de atribuire cu respectarea principiului proporționalității.

În opinia petentei, autoritatea contractantă a respins de la procedura de atribuire o ofertă care îndeplinește toate celelalte condiții de calificare, prețuri mult sub prețurile solicitate de autoritatea contractantă și depășește cu mult garanțiile impuse prin anunțul de participare simplicat, prezentând un termen de garanție a lucrării de 204 luni, față de minimul 24 de luni cerut prin anunț, cu o experiență similară de peste 20 de milioane de euro, în contextul în care costul total al contractului este estimat la suma de 1,447,470 Lei. Prin urmare, consideră că, împreună cu terții săi susținători au prezentat o ofertă valabilă și o experiență similară mult peste complexitatea lucrării descrisă și solicitată prin contract.

Totodată, învederează că și în Decizia nr. 23763/21.09.2017, de menținere a deciziei contestate, ... își menține și reia aceleași considerente greșite pentru care a declarat oferta SC ...SRL ca inacceptabilă, deși prin notificarea prealabilă au fost învederate autorității contractante prevederile Instrucțiunii și modul de interpretare a legii prin prisma cerințelor normelor europene dictate de către Curtea Europenă de Justiție.

Astfel, reiterează că oferta ... îndeplinește toate condițiile de calificare impuse de autoritate și din lege, fiind evident că 50% din experiența similară prezentată în oferta tehnică, respectiv 50.505.200 lei are o valoare mult mai mare decât valoarea estimată a întregului contract, respectiv 1.447.470 lei așa că, apreciază că ... deține toate calificarile și cerințele impuse de lege pentru a fi eligibil în procedura de atribuire a contractului.

Totodată, învederează că terțul ...SRL are același reprezentant legal ca ofertantul SC ...SRL, astfel cum rezultă din DUAE, fiind vorba și de o logistică similară. Proiectele în care SC ...SRL și terții susținători au fost implicați și care au fost duse la bun sfarșit reprezintă o dovadă clară că aceștia pot executa cu profesionalism proiectul aferent contractului de atribuire, mai ales că acesta din urmă este de o mult mai mică complexitate față de lucrările anterioare prezentate ca experiență similară.

În altă ordine de idei, SC ...SRL apreciază că oferta sa a fost respinsă pentru alte motive decât cele impuse prin anunțul de participare simplificat nr. 411421/16.08.2017. Argumentele aduse în Decizia de declarare ca nr. 23191/18.08.2017, cu privire la valoarea de 50% din experiența similară nu sunt regăsite în anunț. Ofertanții participanți la procedură trebuie să facă dovada experienței similare, respectiv vor face dovada executării unor lucrări similare cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, a căror valoare cumulată a fost de: Lot nr. 1 - minim 850.000 lei, fără TVA; Lot nr. 2 - minim 280.000 lei, fără TVA; Lot nr. 3 - minim 300.000 lei, fără TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte. Ofertantul trebuia să facă dovada că, în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, a executat și duse la bun sfârșit lucrări similare, în cadrul unor contracte de lucrări de aceeași natură, ce au inclus atât proiectarea cât și execuția lucrărilor, conform Instrucțiunii nr. 2/2017 emisă de ANAP.

Astfel, autoritatea contractantă face vorbire de experiența cumulată și nu solicită îndeplinirea criteriului de acoperire a 50% din experiența

similară invocată de către ofertant, criteriu ce este invocat în decizia de declarare ca inacceptabilă a ofertei ... și, motivul pentru care această ofertă a fost respinsă. Astfel, apreciază că decizia de declarare ca inacceptabilă a ofertei SC ...SRL este nelegală, deoarece se invocă alte motive decât cele cerute prin criteriile de calificare din anunțul de participare.

Deși, în răspunsul la notificarea prealabilă, respectiv în decizia nr. 23763/21.09.2017, autoritatea contractantă precizează că cerința tehnică privind experiența terților susținători, de 50%, este menționată în fișa de date, practica autorității contravine dispozițiilor art. 30 alin. (4) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 98/2016.

De asemenea, în criteriile de calificare prezentate mai sus chiar autoritatea face trimitere la Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP, a căror dispoziții nu au fost respectate de către aceasta.

Față de aceste susțineri, contestatoarea solicită Consiliului admiterea contestației astfel cum a fost formulată și, pe cale de consecință, anularea deciziei de declarare ca inacceptabilă a ofertei SC ...SRL și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire a contractului cu luarea în considerare a ofertei SC ...SRL, ca fiind o ofertă valabilă.

În subsidiar, în situația în care contractul a fost atribuit către alt ofertant, pentru aceleași motive de fapt și de drept indicate mai sus, solicită anularea procedurii de atribuire.

Ca urmare a solicitărilor cuprinse în adresa Consiliului nr. 40797/3480-C4/28.09.2017, autoritatea contractantă a transmis o serie de documente necesare soluţionării contestaţiei formulată de către SC ...SRL, precum şi punctul său de vedere nr. 24946/03.10.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 41639/04.10.2017, în care precizează următoarele:

Ca urmare a publicării, în data de 16.08.2017, a invitației de participare nr. 411421, până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 04.09.2017, au depus oferte doi operatori economici, respectiv SC ...SRL și SC ... SA.

În vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, solicitată de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, ofertanții participanți la procedură trebuia să facă dovada experienței similare, respectiv vor face dovada executării a unor lucrări similare, cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, a căror valoare cumulată a fost de:

- Lot nr. 1 - Semaforizare intersecție b-dul ... cu str. ... - minim 850.000 lei, exclusiv TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte;

- Lot nr. 2 - Semaforizare intersecție b-dul ... - minim 280.000 lei, exclusiv TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte;

- Lot nr. 3 - Semaforizare intersecție str. ...cu str. ...- minim 300.000 lei, exclusiv TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte.

Ofertantul SC ...SRL a prezentat informații cu privire la existența unor terți susținători, respectiv SC ...SRL și .... În urma analizei DUAE-urilor depuse de către acest ofertant și de cei doi terți susținatori, au fost constatate următoarele:

- Lucrări similare prezentate de SC ...SRL: Lucrări de semaforizare intersecție Calea ... DN 2B, str. ... - str. Gării, Oraș ..., jud. ..., valoare 120.000 lei, beneficiar UAT orașul ...;
- Lucrări similare prezentate de terțul susținător SC ...SRL: Proiectare și execuție semaforizare 3 intersecții în comuna ...: 1. Str. Nicolae Firu-Primăverii localitatea ..., 2. str. ... - Semenic localitatea ..., str. Naturii-...-Aleea cu Plopi localitatea ..., valoare 247.000 lei, beneficiar Primăria Comunei ...;
- Lucrări similare prezentate de terțul susținător ..... A.S.

a). Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc), software de management urban central al traficului ...edaptivă cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal, inclusiv integrarea componentelor și semafoarelor deja existente, valoare 1.665.200 euro, beneficiar ..., ...;

b) Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc), software de management urban central al traficului ...edaptivă cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal, valoare 1.100.000 euro, beneficiar orașul ..., ...;

c) O soluție complexă de sistem inteligent de trafic a municipalității metropolitane ..., livrarea sistemului, a tehnologiei și servicii de instalare și consultanță, valoare 19.600.000 euro, beneficiar ... .

Comisia de evaluare a constatat că valoarea experienței similare prezentate de ofertantul SC ...SRL nu acoperă 50% din valoarea experienței similare solicitate prin fișa de date a achiziției, respectiv: Lot nr. 1 - 425.000 lei, Lot nr.2 - 140.000 lei, Lot nr.3 - 150.000 lei, iar valoarea experienței similare susținută de terți depășește procentul maxim de 50 % din experiența similară solicitată pentru fiecare lot în parte, ceea ce contravine prevederilor articolului art. 113 (12) din Legea 98/2016.

Având în vedere prevederile Legii nr. 98/2016, art. 113 (12*): „În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi pentru maximum 50% din cerinţa ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c)"*, coroborate cu precizările din fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Modul de îndeplinire: *„Operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința privind experiența similară"*, comisia de evaluare a declarat oferta depusă de ofertantul SC ...SRL ca „inacceptabilă", conform art. 137 litera b) din HG nr. 395/2016.

În urma notificării prealabile nr. 71 din data de 21.09.2017, depusă de către SC ...SRL, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 23752/21.09.2017, prin care solicită anularea comunicării comisiei de evaluare nr.23191/18.09.2017, autoritatea contractantă a transmis adresa cu nr. 23763/21.09.2017, prin care precizează că își menține punctul de vedere cu privire la declararea ofertei SC ...SRL ca „inacceptabilă".

Prin cererea de intervenţie nr. 5626/06.10.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 42515/10.10.2017, SC ... SA solicită admiterea în principiu a cererii și dispunerea introducerii sale în calitate de intervenienta în dosarul aflat pe rolul Consiliului, respingerea contestației ca nefondată și

menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție, SC ... SA solicită Consiliului să dispună admiterea acesteia, în principiu, în temeiul dispozițiilor art. 64 alin. (2) din Noul Cod de procedură civilă, având în vedere calitatea sa de ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire organizate de .... Această calitate și scopul pe care acest ofertant îl are în vedere, acela de a semna contractul de achiziție publică cu autoritatea contractantă, justifică, în opinia intervenientaei, interesul în menținerea tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă. Având în vedere că oricine poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare, SC ... SA învederează interesul său și solicită Consiliului să dispună admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată.

În fapt, în urma evaluării ofertelor depuse, autoritatea contractantă a constatat că oferta depusă de SC ...SRL este inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016, respectiv experiența terților susținători depășește 50% din cerința stabilită prin fișa de date a procedurii.

Intervenientaa consideră legală și temeinică decizia autorității contractante de a declara oferta ... ... SRL ca fiind inacceptabilă, având în vedere că, potrivit fișei de date, autoritatea a organizat procedura sub forma procedurii simplificate. Într-o astfel de procedură, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților îndeplinirea unor cerințe prezentând în acest sens criteriile de calificare. În conformitate cu dispozițiile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, dacă autoritatea decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind motive de excludere, capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173 și experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).

Municipiul Câmpina a impus condiția de calificare, experiența similară, respectiv ca ofertanții să facă dovada executării unor lucrări similare, cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, a căror valoare cumulată să fie de: lot nr. 1 minimum 850.000 lei, exclusiv TVA, lot nr. 2 minimum 280.000 lei, exclusiv TVA, Lot nr. 3 minimum 300.000 lei, exclusiv TVA, la nivelul unuia sau mai multor contracte, în ultimii 5 ani, obiectul contractului ce urmează a fi atribuit constând în Servicii de proiectare și execuție de lucrări de semaforizare, în conformitate cu prevederile proiectului tehnic, prescripțiilor tehnice și standardele în vigoare. Conform prevederilor art. 113 alin. (12) din Legea 98/2016, în cadrul procedurii simplificate, ofertantul poate folosi experiența similară a terților numai în limita a 50% din cerința de calificare stabilită de autoritatea contractantă.

Prin fișa de date achiziției autoritatea contractantă a stabilit care este cerința de calificare: contracte în valoare de 850.000 lei, 280.000 lei, respectiv 300.000 lei executate în ultimii 5 ani pentru Servicii de proiectare și execuție lucrări de semaforizare. Ofertantul este cel care trebuie să facă dovada îndeplinirii acestei cerințe de calificare, cerință care a fost exprimată clar și fără nicio urmă de echivoc de autoritatea contractantă.

Mai departe, Legea vine în sprijinul ofertanților, în sensul că pot beneficia de facilitatea de a se asocia cu alți agenți economici în vederea depunerii unei oferte comune sau de a aduce experiența unor terți în îndeplinirea cerinței de calificare. Dar, în cadrul procedurii simplificate, tot Legea este cea care limitează experiența pe care o poate aduce un terț în îndeplinirea cerinței de calificare, respectiv 50% din cerința stabilită de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă nu poate interveni asupra acestei condiții impuse de lege în mod imperativ. Din textul Legii, art. 113 alin. (12), reiese că valoarea de 50% se aplică la cerința de calificare cerută de autoritatea contractantă și nu la o altă valoare pe care autoritatea nu o cunoaște.

Intervenientaa apreciază că autoarea contestației face o interpretare extrem de subiectivă a valorii la care se raportează procentul de 50%, respectiv la valoarea contractelor terților săi susținători. În egală măsură, reiese clar din textul legii că ofertantul este necesar să dovedească o experiență similară de 50% din valoarea fiecărui lot.

Din raportul procedurii nr. 24120/26.09.2017, rezultă că ofertantul-contestatoare avea o experiență de numai 120.000 lei, respectiv o valoare de sub 50% din valoarea fiecărui lot al procedurii de licitație.

De asemenea, apreciază că textul de lege este clar în privința participantului în persoana căruia trebuie îndeplinite condițiile de participare, respectiv în persoana ofertantului și nu a terțului susținator. Textul de lege la care face referire contestatoarea, respevtiv art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, are în vedere participarea în asociere prin depunerea unei oferte comune, caz în care experiența asociaților se cumulează.

Faptul că ofertantul-contestatoare împreună cu terții susținători precizați depășesc 50% dintr-o valoare raportată greșit, este o critică neîntemeiată ce nu poate fi luată în considerare. Atâta timp cât nu a existat o asociere, astfel încât criteriile să fie analizate prin prisma asocierii, calitatea terților susținători nu poate fi luată în considerare ca și cum ar fi vorba de un participant în mod direct la procedură.

Din această perspectivă, intervenientaa apreciază că autoritatea contractantă a analizat corect îndeplinirea cerinței de calificare reprezentând experiența similară și nu a luat în calcul experiența similară a terților decât în limita a 50% din cerința de calificare.

Pe de altă parte, susținerea contestatoarei referitoare la documentația de atribuire (invitația de participare), care nu prevedea cerința conform căreia ofertantul trebuie să aibă experiență similară de 50% din valoarea fiecărui lot, este neîntemeiată, întrucât aceasta nu reprezintă o cerință de calificare, ci este o condiție impusă în mod imperativ de lege, astfel încât nu trebuia prevăzută în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă nu avea obligația să introducă în documentația de atribuire condiția că experiența terților susținători va fi luată în considerare în limita a 50% din valoarea experienței similare solicitate, aceasta fiind o condiție impusă de lege în mod imperativ. Autoritatea contractantă poate interveni doar în sensul micșorării cotei

experienței terților, în niciun caz în sensul eliminării sau măririi acesteia, astfel că reiese că aceasta a respectat întrutotul prevederile legale privind întocmirea și elaborarea atât a invitației de participare cât și a documentației de atribuire.

Cu referire la Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP, la care face trimitere contestatoarea, aceasta nu poate constitui temei pentru admiterea plângerii formulate, în contextul în care o instrucțiune nu poate modifica un text de lege, rolul acesteia fiind doar de interpretare a legislației. Mai mult, contestatoarea prezintă mențiuni trunchiate din această Instrucțiune, aspecte cu caracter declarativ, care nu au o relevanță asupra problemelor punctuale pe care le-a contestat și care au în vedere modul de întocmire a documentației de atribuire. Or, aspectele legate de conținutul documentației de atribuire, că cerințele de calificare ar depăși proporționalitatea sau ceea ce ar trebui aceasta să conțină nu mai pot fi invocate în acest stadiu al procedurii. Acestea ar fi putut fi invocate în termenul prevăzut de lege de la data publicării documentației, fiind tardivă formularea unor astfel de critici.

De asemenea, deși obiectul contractului era alcătuit din execuție de lucrări și servicii de proiectare, ofertantul-contestatoare nu deținea niciun fel de experiență similară în domeniul proiectării, astfel că intervenientaa consideră că și în cazul în care experiența sa similară ar fi îndeplinit condiția de valoare, oferta contestatoarei nu putea fi avută în vedere pentru acest motiv. Prin urmare, atâta timp cât ofertantul-contestatoare nu îndeplinea criteriile impuse de reglementările legale, în mod corect oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

Analizând contestaţia formulată de către SC ...SRL, prin luarea în considerare a susţinerilor părţilor, a înscrisurilor aflate la dosarul cauzei şi a dispoziţiilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice, Consiliul constată următoarea situaţie de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a iniţiat procedura de atribuire simplificată, într-o singură etapă, pe loturi, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Semaforizare intersecție b-dul ... cu str. ..., Semaforizare intersecție b-dul ..., Semaforizare intersecție str. ...”, cod CPV 45316212-4 – Instalări de semafoare (Rev.2), sens în care a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. 411421/16.08.2017.

Valoarea estimată a contractului este de 1.447.470 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Conform procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 2226/06.09.2017, la procedură au depus oferte, pentru toate cele 3 loturi, un număr de 2 operatori economici, respectiv contestatoarea SC ...SRL și intervenienta SC ... SA.

Potrivit procesului-verbal de evaluare a ofertelor nr. 23190/18.09.2017, oferta depusă de SC ...SRL pentru cele 3 loturi a fost respinsă, ca inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, întrucât valoarea experienței similare susținută de terți depășește procentul maxim de 50%, prevăzut la art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva acestui rezultat SC ...SRL a formulat notificarea prealabilă nr. 71/21.092017, față de care autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. 23763/21.09.2017, în care a precizat că își menține punctul de vedere cu privire la declararea inacceptabilă a ofertei depusă de SC ...SRL, conform prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2017.

Conform fișei de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională", s-a solicitat:

„Experiența similară: Ofertanții vor prezenta o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acopera cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrarile cele mai importante, conform art. 179, litera a) din Legea 98/2016.

Ofertanții participantț la procedură trebuie să facă dovada experienței similare, respectiv vor face dovada executării a unor lucrări similare, cu cele
care fac obiectul prezentei proceduri, a căror valoare cumulată a fost de:

- Lot nr. 1 - Semaforizare intersecție b-dul ... cu str. ... – minim 850.000 lei exclusiv TVA la nivelul unuia sau mai multor contracte;
- Lot nr. 2 - Semaforizare intersecție b-dul ... – minim 280.000 lei exclusiv TVA la nivelul unuia sau mai multor contracte;
- Lot nr. 3 - Semaforizare intersecție str. ... - minim 300.000 lei exclusiv TVA la nivelul unuia sau mai multor contracte".

Ca modalitate de îndeplinire a acestei cerințe în fișa de date s-a menționat: „Operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința privind experiența similară."

SC ...SRL a prezentat Formularul 5 „Angajamentul ferm pentru susținerea tehnică și/sau profesională a ofertentului SC ...SRL" al terțului susținător ...S.R.L. și anexa 1 care cuprinde Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, respectiv: „Proiectare și execuție semaforizare 3 intersecții în comuna ...: 1. Str. Nicolae Firu-Primăverii - localitatea ...; 2. Str. ...-Semenic – localitatea ...; str. Naturii-...-Aleea cu Plopi – localitatea ...", în valoare de 247.000 lei, beneficiar PRIMĂRIA COMUNEI ..., JUDEȚUL ...:

De asemenea, SC ...SRL a prezentat în cadrul Formularului 5 „Angajamentul ferm pentru susținerea tehnică și/sau profesională a ofertentului SC ...SRL" al terțului susținător ..... A.S. și anexa 1 care cuprinde Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, respectiv:

1. „O soluţie complexă de sistem inteligent de trafic a Municipalității Metropolitane ..., livrarea sistemului, a tehnologiei și servicii de instalare și consultanță. Instalarea a 420 camere de trafic în 209 locaţii pe drumuri arteriale și autostrăzi, peste 150 km de fibră optică instalată și conexată cu peste 1200 echipamente de trafic și 402 automate de semaforizare adaptive. Centru de control al traficului pe o suprafaţa de aproape", în valoare de 19.600.000 euro, beneficiar ... .

2. „Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc.), software de management urban central al traficului ...eDaptiva cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal" în valoare de 1.100.000 euro, beneficiar ORAȘUL ..., ... ;

3. „Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc.), software de management urban central al traficului ...eDaptiva cu algoritmi adaptivi de

control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal, inclusiv integrarea componentelor și semafoarelor deja existente”, în valoare de 1.665.200 euro, beneficiar ..., ...;

În DUAE prezentat de către SC ...SRL, la cap. „C Capacitatea tehnică și profesională” sunt indicate următoarele contracte:

1. „Proiectare și execuție semaforizare 3 intersecții în comuna ...: 1. Str. Nicolae Firu-Primăverii - localitatea ...; 2. Str. ...-Semenic – localitatea ...; str. Naturii-...-Aleea cu Plopi – localitatea ...”, în valoare de 247.000 lei, beneficiar PRIMĂRIA COMUNEI ..., JUDEȚUL ...;

2. „Lucrări de semaforizare intersecție Calea ... DN 2B – str. ... – str. Gării, în valoare de 120.000 lei”, beneficiar UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ A ORAȘULUI ...;

3. „Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc.), software de management urban central al traficului ...eDaptiva cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal, inclusiv integrarea componentelor și semafoarelor deja existente”, în valoare de 1.665.200 euro, beneficiar ..., ...;

4. „Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc.), software de management urban central al traficului ...eDaptiva cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal”, în valoare de 1.100.000 euro, beneficiar ORAȘUL ..., ... ;

5. „O soluţie complexa de sistem inteligent de trafic a Municipalității Metropolitane ..., livrarea sistemului, a tehnologiei și servicii de instalare și consultanță. Instalarea a 420 camere de trafic în 209 locaţii pe drumuri arteriale și autostrăzi, peste 150 km de fibră optică instalată și conexată cu peste 1200 echipamente de trafic și 402 automate de semaforizare adaptive. Centru de control al traficului pe o suprafaţa de aproape 2000 mp, incluzând sisteme de 24x70" video wall, server room, posturi operator și integrarea unei platforme pentru controlul a aprox. 13 subsisteme”, în valoare de 19.600.000 euro, beneficiar ... .

În DUAE prezentat de terțului susținător ...S.R.L., la cap. „C Capacitatea tehnică și profesională” este indicat contractul „Lucrări de semaforizată intersecție Calea ... DN 2B – str. ... – str. Gării”, în valoare de 120.000 lei, beneficiar UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ A ORAȘULUI ....

În DUAE prezentat de terțului susținător ..... A.S., la cap. „C Capacitatea tehnică și profesională” a indicat contractele:

1. „Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc.), software de management urban central al traficului ...eDaptiva cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal, inclusiv integrarea componentelor și semafoarelor deja existente”, în valoare de 1.665.200 euro, beneficiar ..., ...;

2. „Livrare automate semaforizare ...RS4 (47 buc.), software de management urban central al traficului ...eDaptiva cu algoritmi adaptivi de control, software sistem central de monitorizare InVipo și servicii aferente de personal”, în valoare de 1.100.000 euro, beneficiar ORAȘUL ..., ... ;

3. „O soluţie complexă de sistem inteligent de trafic a Municipalității Metropolitane ..., livrarea sistemului, a tehnologiei și servicii de instalare și consultanță. Instalarea a 420 camere de trafic în 209 locaţii pe drumuri

arteriale și autostrăzi, peste 150 km de fibră optică instalată și conexată cu peste 1200 echipamente de trafic și 402 automate de semaforizare adaptive. Centru de control al traficului pe o suprafaţa de aproape 2000 mp, incluzând sisteme de 24x70" video wall, server room, posturi operator și integrarea unei platforme pentru controlul a aprox. 13 subsisteme", în valoare de 19.600.000 euro, beneficiar ... .

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul constată că SC ...SRL a prezentat, ca experiență similară proprie, doar contractul „Lucrări de semaforizare intersecție Calea ... DN 2B – str. ... – str. Gării", în valoare de 120.000 lei, beneficiar UNITATEA ADMINISTRATIV TERITORIALĂ A ORAȘULUI ..., restul fiind contracte ale terților susținători.

În atare situație, raportat la valoarea experienței similare solicitate pentru fiecare lot în parte, valoarea experienței similare proprii a SC ...SRL reprezintă (120.000 lei/850.000 lei) x 100 = 13,33% pentru lotul 1, (120.000 lei/280.000 lei) x 100 = 42,85% - pentru lotul 2 și, respectiv (120.000 lei /300.000 lei) x 100 = 40% -pentru lotul 3.

Consiliul reține că pentru fiecare dintre cele 3 loturi valoarea experienței similare proprii a SC ...SRL este mai mică de 50% din valoarea experienței similare solicitate prin fișa de date a achiziției, restul experienței similare fiind acoperită de experiența similară a terților susținători, care reprezintă: 86,67% pentru lotul 1, 57,15% pentru lotul 2 și respectiv 60% pentru lotul 3 din valoarea experienței similare solicitate.

Consiliul constată că, în această situație, oferta SC ...SRL nu se încadrează în dispozițiile art. 113 din Legea nr. 98/2016, în conformitate cu care: „(12) În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi pentru maximum 50% din cerinţa ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c)."

Consiliul nu va reține susținerile contestatoarei, conform cărora experiența similară ar fi trebuit să fie evaluată raportat la valoarea cumulată a lucrărilor similare prezentate în DUAE, respectiv să se ia în considerare 50% din valoarea totală a lucrărilor prezentate de membrii grupului în DUAE, având în vedere că textul art. 113 alin. (12) din Legea nr. 98/2016 este cât se poate de clar, respectiv: în cazul unei proceduri simplificate, așa cum este cazul celei de față, operatorul economic, în speță SC ...SRL, poate să invoce susținerea unor terți (...S.R.L. și ..... A.S.) pentru maximum 50% din cerinţa ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c), respectiv pentru 425.000 lei pentru lotul 1, 140.000 lei pentru lotul 2 și 150.000 lei pentru lotul 3; în consecință, pentru restul de 50%, ofertantul trebuie să prezinte propria experiență similară.

De asemenea, Consiliul nu va reține nici susținerile contestatoarei, potrivit cărora oferta sa a fost respinsă pentru alte motive decât cele impuse prin anunțul de participare simplificat nr. 411421/16.08.2017, întrucât în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională" pct. Modalitate de îndeplinire s-a menționat: „Operatorul economic poate sa invoce susținerea unui/unor terț/terți pentru maximum 50% din cerința privind experiența similară."

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul constată că, în mod legal, autoritatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta depusă de

SC ...SRL, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/20016.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ...SRL.

Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de către SC ... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de către SC ...SRL în contradictoriu cu ....

Admite cererea de intervenție formulată de către SC ... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 15 (cincisprezece) pagini.