CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ... din data de 03.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din data de 04.04.2018, formulată de asocierea ..., prin liderul de asociere ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... – administrator, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 351/14.03.2018 de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII DE IRIGAȚII AFERENTE PLOTULUI SPP3-AE2, ..., JUDEȚUL BRĂILA”, cod CPV 45232120-9, (Rev.2), s-a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 351/14.03.2018 și a adresei nr. 383/29.03.2018, reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, precum și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate și la continuarea procedurii de evaluare a ofertei.

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

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant în procedura simplificată – într-o singură etapă, organizată de ..., în vederea atribuirii

contractului având ca obiect „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII DE IRIGAȚII AFERENTE PLOTULUI SPP3-AE2, ..., JUDEȚUL BRĂILA”, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

... arată că a depus o ofertă în cadrul acestei proceduri și că, în dovedirea experienței similare din ultimii 5 ani, în valoare cumulată de cel puțin 2.804.419,91 lei, la nivelul a minim unui contract și maxim 3 contracte, a depus trei contracte, după cum urmează:

- contractul nr. 10437/09.12.2014 – Extinderea alimentării cu apă potabilă și extinderea canalizării și epurării apelor uzate în comuna Doljești, județul Neamț;

- contract nr. 11/10.02.2016 – Înființarea sistemului de alimentare cu apă pentru satele Hodora, Bahlui și Iosupeni, comuna Cotnari, județul Iași;

- contract nr. 5866/22.08.2016 – Extindere sistem de alimentare cu apă potabilă și extindere sistem de canalizare ape uzate în comuna Horia, județul Neamț.

Toate aceste trei contracte au avut o valoare cumulată de 3.082.368 lei, fără TVA.

Potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă i-a solicitat transmiterea unui DUAE revizuit în care să se menționeze, în cadrul descrierii contractului nr. 10437/09.12.2014, suma din care s-a calculat procentul de 20%, reprezentând valoarea de 428.796,71 lei și ce anume reprezintă suma respectivă. Răspunzând acestei solicitări, a transmis autorității contractante un DUAE revizuit, în care a menționat următoarele: valoarea totală a contractului a fost de 10.341.512,14 lei, fără TVA, din care alimentare cu apă 1.566.873,21 lei, fără TVA. Valoarea lucrărilor de rețele de apă executate de ...A a fost de 428.796,71 lei, fără TVA, iar în cadrul contractului a executat următoarele lucrări: rețea apă 5644 ml din care 1359 ml țeavă PEHD DE75, Pn6; 2344 ml țeavă PEHD DE63 Pn6; 1941 ml țeavă PEHD DE Pn6. De asemenea, a menționat că, la executarea lucrărilor, a avut rolul de asociat cu un procent de 20%. Ordin de începere a lucrărilor a fost semnat la data de 17.06.2015 iar recepția la terminarea lucrărilor a fost făcută la data de 11.12.2017.

În acest context, contestatoarea critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, apreciind ca fiind eronat motivul invocat pentru aceasta și anume faptul că nu s-a menționat în DUAE revizuit suma din care s-a calculat procentul de 20%.

Potrivit contestatoarei, prin notificarea prealabilă, a explicat autorității contractante faptul că procentul real executat de ... în cadrul contractului nr. 10437/09.12.2014 a fost de 27,26%, astfel încât valoarea lucrărilor executate efectiv în cadrul contractului pe

componenta rețele alimentare cu apă a fost mai mare decât procentul de 20% care era menționat în acordul de asociere.

Astfel, a arătat autorității contractante că, dacă la semnarea acordului de asociere s-a estimat executarea unui procent de 20% din totalul lucrărilor (rețele de canalizare și rețele de apă) la finalul lucrărilor s-a ajuns ca ... să execute lucrări de rețele de apă în procent de 27,36%.Potrivit contestatoarei, ceea ce trebuie luat în calcul este faptul că experiența similară este procentul final, real și efectiv executat de ..., care este de 27,36% din valoarea rețelelor de alimentare cu apă de 1.566.873,21 lei, fără TVA, adică exact suma de 428.796,71 lei (fără TVA), sumă care a fost indicată în DUAE revizuit.

Dovada a fost făcută prin procesul-verbal nr. 13723/11.12.2017 și prin centralizatorul situațiilor de lucrări al contractului nr. 10437/09.12.2014, în care se poate observa că valoarea rețelei de apă executată este de 428.796,72 lei, fără TVA, reieșind printr-un simplu calcul că procentul real executat este de 27,36%.

Astfel, contestatoarea apreciază că respingerea ofertei sale ca inacceptabilă este fără temei legal, deoarece răspunsul la solicitarea de transmitere a unui DUAE revizuit nu poate fi catalogat ca neconcludent, atât timp cât au fost puse la dispoziția autorității contractante toate datele necesare pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară.

Mai mult decât atât, în baza art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă avea obligația de stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte în parte. Acestea trebuie solicitate în scopul de a clarifica în mod efectiv o ofertă; ele nu trebuie să aibă doar caracter formal care să nu lămurească, prin răspunsul primit, oferta.

În cazul de față, solicitarea de clarificări a avut un caracter formal deoarece autoritatea contractantă nu s-a lămurit asupra aspectului solicitat, motiv pentru care trebuia să revină cu o nouă solicitare de clarificări pentru a da ocazia unui nou răspuns mai elocvent.

Prin adresa nr. 425/12.04.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 14760/13.04.2018, ... a transmis Consiliului punctul său cu privire la fondul cauzei, precizând următoarele:

- prin contestația formulată, contestatoarea recunoaște faptul că sumele menționate în descrierea contractului în cauză, atât în DUAE inițial, cât și în DUAE revizuit, în niciun caz nu puteau fi rezultatul unei participări de 20% la execuția contractului, astfel încât solicitarea de clarificări a fost justificată;

- chiar dacă restul contractelor, în tot sau în parte, depășeau pragul valoric minim menționat în fișa de date a achiziției, comisia de evaluare este îndreptățită să solicite clarificări cu privire la orice informație menționată în DUAE asupra cărora sunt necesare lămuriri, chiar dacă și pentru a acoperi ipoteza în care sunt identificate situații care duc la

neluarea în considerare a celorlalte contracte prezentate ca experiență similară;

- faptul că ... a ajuns la finalul contractului să execute lucrări de rețele de apă în procent de 27,36% ar fi fost o informație utilă comisiei de evaluare dacă ar fi fost prezentată în DUAE inițial sau, în DUAE revizuit; în acest caz, eroarea aparține ofertantului care a omis informarea comisiei de evaluare cu privire la această situație, fiind, astfel, vorba de un risc asumat al ofertantului și de un răspuns evaziv, inconsistent, incomplet, care poate atrage după sine neconformitatea și, implicit, pierderea competiției;

- criticile privind faptul că solicitarea de clarificări a avut un caracter formal nu pot fi reținute;

- conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, dacă clarificările transmise nu sunt concludente, oferta va fi considerată inacceptabilă; prin urmare, tocmai răspunsul inițial al ofertantului trebuia să fie concludent; în plus, din actul normativ citat anterior nu rezultă că dacă răspunsul prezentat este neconcludent, autoritatea contractantă ar avea dreptul de a solicita noi clarificări legate de același subiect; în caz contrar, dacă s-ar accepta o astfel de apărare, s-ar ajunge în situația absurdă în care o comisie de evaluare ar formula o solicitare de clarificări adresată unui ofertant, iar apoi ar transmite alte numeroase reveniri, până când ofertantul în cauză va răspunde complet, concludent și elocvent;

- invocând în susținere și jurisprudența Consiliului, a instanțelor de judecată în spețe similare, precum și poziția ANAP referitoare la astfel de situații, ... precizează că nu poate fi luat în considerare un răspuns, fie și complet, dat ulterior unei date limită de transmitere (în cazul de față, prin notificarea prealabilă); acceptarea unei astfel de situații ar duce atât la înfrângerea dispozițiilor legale privind riscul transmiterii ofertei, respectiv la apariția unei situații de favorizare a ofertantului în cauză și discriminare a celorlalți participanți la procedură ;

- faptul că, în notificarea prealabilă, ofertantul a prezentat informația conform căreia ... a executat lucrări de rețele de apă în procent de 27,36%, informație care nu rezultă din DUAE revizuit ca urmare a solicitării de clarificări, intră sub incidența situației de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) pct. h) din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, ... consideră solicitările contestatoarei ca fiind echivoce și lipsite de temei, având ca singur scop întârzierea nejustificată a procedurii de achiziție.

Răspunzând punctului de vedere al ... a transmis adresa nr. 144/17.04.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 15410/17.04.2018, prin care precizează că, din punctul său de vedere, autoritatea contractantă trebuia să fie mai clară în formularea solicitării de clarificări, indicând exact ceea ce solicită a fi clarificat. Răspunsul transmis la solicitarea de clarificări a fost concret față de ceea ce s-a solicitat, astfel încât,

eventuala culpă aparține autorității contractante care prin enunțarea unei solicitări vagi nu a precizat clar ceea ce o interesa.

Chiar și în aceste condiții, soluția respingerii ofertei pentru acest motiv apare ca fiind o soluție extremă în condițiile în care, prin răspunsul la solicitarea de clarificări au fost oferite toate informațiile necesare pentru îndeplinirea cerinței, neprecizarea procentului final al lucrărilor executate fiind nesemnificativ în acest context. De altfel, valoarea procentului final al lucrărilor realizate de 27,36% rezultă implicit din informațiile și actele prezentate, calculul matematic prin care putea fi aflat acest procent nefiind de natură a crea un avantaj.

Contrar afirmațiilor autorității contractante, contestatoarea susține că, tocmai prin formularea unei solicitări de clarificări vagi, neurmată de o solicitare de clarificări clară și concretă, a fost lipsită de posibilitatea de a răspunde, la rândul său, în mod clar și concret.

Potrivit principiilor generale ale dreptului, un act normativ trebuie aplicat în spiritul legii, dând prioritate scopului în care o normă legală este instituită, adică producerea de efecte prin reglementarea situației care a făcut necesară emiterea normei. Or, în cazul de față, autoritatea contractantă este deosebit de rigidă în aplicarea normelor legale în materie, preferând să ignore posibilitatea legală de a reglementa situația de fapt, alegând, în schimb, să aplice legea sec, dezavantajând atât operatorul economic, cât și, în final, chiar pe sine, întrucât se lipsește de o ofertă în cadrul procedurii de achiziție publică.

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

Procedura simplificată - într-o singură etapă a fost inițiată de ...., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII DE IRIGAȚII AFERENTE PLOTULUI SPP3-AE2, ... prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ....

Potrivit invitației de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind cuprins între 4.006.314,16 lei, fără TVA.

Conform procesului verbal privind evaluarea DUAE nr. 348/112.03.2018, au fost depuse 7 oferte, cea depusă de asocierea ..., fiind respinsă, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumită de rezultatul comunicat prin adresa nr. 351/14.03.2018, asocierea ..., prin liderul său .... a formulat prezenta contestație, prin care critică decizia autorităţii contractante în referire la respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă.

Consiliul reține că, în speță sunt incidente următoarele prevederi legale: HG nr. 395/2016, art. 134, care stabilește obligația comisiei de evaluare *"de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de*

participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia. Comunicarea transmisă către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare. 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".

Astfel, Consiliul reține că autoritatea contractantă, urmare a evaluării DUAE prezentat de asocierea contestatoare, prin adresa nr. 316/06.02.2018, a solicitat acesteia *transmiterea unui DUAE revizuit unde, la descrierea contractului nr. 10437/09.12.2014, să se menționeze suma din care s-a* calculat *procentul de 20%, reprezentând valoarea de 428.796,71 lei și ce anume reprezintă suma respectivă*.

În termenul solicitat, contestatoarea a transmis autorității contractante un DUAE revizuit, în care, la Contract nr. 10437/09.12.2014, a menționat următoarele: valoarea totală a contractului a fost de 10.341.512,14 lei, fără TVA, din care alimentare cu apă 1.566.873,21 lei, fără TVA. *Valoarea lucrărilor de rețele de apă executate de ... a fost de 428.796,71 lei, fără TVA...* în cadrul contractului a executat următoarele lucrări: rețea apă 5644 ml din care 1359 ml țeavă PEHD DE75, Pn6; 2344 ml țeavă PEHD DE63 Pn6; 1941 ml țeavă PEHD DE 50 Pn6. De asemenea, a menționat că, la executarea lucrărilor, a avut rolul de asociat cu un procent de 20% pentru întreaga lucrare. Ordin de începere a lucrărilor a fost semnat la data de 17.06.2015 iar recepția la terminarea lucrărilor a fost făcută la data de 11.12.2017.

Reținut fiind faptul că solicitarea de clarificări a autorității contractante a fost emisă în evaluarea valorică a experienței similare a asocierii ..., precum și faptul că procentul de 20% se referă la valoarea integrală a contractului, neexistând obligația ca asociații să respecte acest procent și pentru componentele contractului, Consiliul constată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea a oferit toate informațiile, suficiente și relevante pentru calculul valorii experienței similare. Din răspunsul oferit de contestatoare *rezultă ce reprezintă suma de 428.796,71 lei, fără TVA, respectiv lucrări de rețele de apă executate de ... în cadrul contractului* nr. 10437/09.12.2014, neprecizarea procentului final al lucrărilor executate fiind nesemnificativ în acest context. De altfel, valoarea procentului final al lucrărilor realizate rezultă implicit din informațiile și actele prezentate, autoritatea contractantă putând afla care este valoarea acestuia printr-un simplu calcul matematic.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să fie mai clară în formularea solicitării de clarificări, să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă această solicitare, în speță,

răspunsurile oferite de contestatoare la solicitarea de clarificări a autorității contractante nu pot fi considerate neconcludente și nu pot constitui temei de excludere, autoritatea contractantă dând dovadă de un formalism excesiv în evaluarea ofertei asocierii ..., în fapt neexistând un motiv concret și real de respingere a acesteia.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de asocierea ..., prin liderul de asociere ... în contradictoriu cu ..., va anula procesul verbal al ședinței de evaluare a documentelor depuse de către ofertanți nr. 348/12.03.2018 și actele subsecvente acestuia, în partea ce privește oferta asocierii .... și va obliga autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reevaluarea DUAE acesteia.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Admite contestaţia formulată de asocierea ..., prin liderul de asociere ... în contradictoriu cu ..., anulează procesul verbal al ședinței de evaluare a documentelor depuse de către ofertanți nr. 348/12.03.2018 și actele subsecvente acestuia, în partea ce privește oferta asocierii ... și obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reevaluarea DUAE acesteia.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.