CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +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. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată de ... – administrator, împotriva comunicării nr. ..., emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, divizat pe loturi, având ca obiect: *"SERVICII DE ÎMPĂDURIRI ..."*, lot 1, cod CPV 77231600-4 – Servicii de împădurire (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- anularea comunicării nr. ... și a actelor subsecvente;
- menținerea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. ... și a deciziei de adjudecare a lotului 1 de către ofertantul ....

Prin cererea de intervenţie înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentată de ... - Administrator, s-au solicitat următoarele:

- respingerea contestaţiei formulată de ...;
- menținerea actelor emise de autoritatea contractantă.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant la procedura de licitație deschisă online, organizată de către autoritatea contractantă ...T, în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, divizat pe loturi, având ca obiect *"SERVICII DE ÎMPĂDURIRI ..."*, lot 1, inițiată prin

publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Prin decizia nr. ..., Consiliul a dispus următoarele: ”Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....”

Pe fond, contestatoarea prezintă istoricul procedurii, arătând că prin adresa nr. ..., comunicată prin intermediul poștei electronice în data de 26.07.2017, i s-a comunicat faptul că, în urma unei notificări, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei sale, și a stabilit că oferta sa, inițial declarată câștigătoare, nu a îndeplinit cerințele de calificare, fiind inacceptabilă.

... opinează că adresa nr. .../2017 și actele subsecvente acesteia sunt emise cu încălcarea prevederilor Legii nr. 98/2016, a Hotărârii nr. 395/2016, precum și a Instrucțiunii nr. 2/2017, 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.

În susținerea afirmației sale, contestatoarea precizează următoarele:

- nu se specifică nicăieri în cadrul documentației de atribuire faptul că trebuie demonstrată experiență similară pentru activitățile care fac parte integrantă din contract, printre care și pregătirea mecanizată a terenului, ci s-a solicitat prezentarea de servicii similare de împăduriri, prin prezentarea unei liste de contracte în cadrul DUAE;
- pentru dovedirea experienței similare, ... a indicat în cadrul DUAE două contracte de servicii de împăduriri, unul finalizat și unul aflat în derulare, fiecare având valoare mai mare decât minimul solicitat, fiind îndeplinită astfel cerința de calificare. Ori, faptul că experiența similară se solicită pentru serviciile ce fac obiectul contractului este demonstrat și de prevederile din Instrucțiunea nr. 2/2017, 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. În acest sens, contestatoarea invocă și redă art. 3 și art. 5 alin. (3) din Instrucțiunea mai sus menționată;
- astfel, ... concluzionează că serviciile de pregătire mecanizată a terenului și solului, nu reprezintă obiectul prezentului contract, ci sunt doar o activitate secundară/accesorie contractului și obiectului său, alături de celelalte activități de acest fel, dintre care, spre exemplu: plantarea puieților, retezarea tulpinii puieților, descopleșiri, prașile manuale, întrețineri mecanizate, completări, etc. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a solicita experiență similară pentru pregătirea mecanizată a terenului și a solului: această activitate fiind secundară/accesorie și reprezintă doar o etapă în cadrul serviciilor de împăduriri. Dacă autoritatea contractantă ar fi

intenționat să solicite experiența similară pentru fiecare activitate din cadrul contractului, chiar dacă acest fapt poate fi considerat abuziv și discriminatoriu, această cerință ar fi trebuit specificată în mod clar în cadrul documentației de atribuire, precum și modul de îndeplinire, astfel încât ofertanții să depună documente în conformitate cu solicitările autorității contractante;

- un alt aspect subliniat de contestatoare este că în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă confirmă că serviciile de împăduriri includ și pregătirea mecanizată a terenului și solului. De asemenea, se specifică că această activitate este obligatorie și niciuna din activitățile din cadrul devizului ofertă, nu poate fi socotită activitate secundară sau accesorie;
- ... confirmă faptul că fiecare activitate și etapă din cadrul contractului sunt obligatorii, de aceea a ofertat fiecare activitate în cadrul devizului; ori, afirmațiile comisiei de evaluare induc ideea că fiecare activitate reprezintă obiectul contractului, raționament fals.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită dosarul achiziției publice, orice alt document considerat de aceasta edificator în soluționarea prezentei cauze, oferta depusă de ..., punctul de vedere cu privire la contestație, precum și dovada comunicării acestuia către contestatoare.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... prezintă istoricul procedurii, arătând următoarele:

- ... nu a demonstrat, prin completarea DUAE susținerea cerințelor privind prestarea serviciilor de pregătire mecanizată a terenului și solului în vederea împădurii, ci numai servicii de împăduriri și pregătirea solului (arat + discuit);
- autoritatea contractantă susține că a comunicat contestatoarei că prin documentația de atribuire se înțelege, atât fișa de date a achiziției, cât și caietul de sarcini. Astfel, la capitolul I din caietul de sarcini ”Specificații tehnice” sunt prezentate toate fazele obligatorii de parcurs în derularea contractului ce urmează a se atribui. La punctul 2 din același caiet de sarcini, denumit ”Lucrări de executat”, se specifică în amănunt tot ceea ce urmează a se presta, serviciile incluzând ”pregătirea mecanizată a terenului și solului”, obligatoriu, acțiune fără de care nu se pot presta serviciile de împăduriri în teren pregătit. Ca urmare, aceste servicii de pregătire mecanizată a terenului și solului, nu sunt nici pe departe socotite ca ”servicii secundare/accesorii contractului și obiectului său”, așa cum consideră ...;
- de altfel, ...T arată că nicio activitate din cadrul devizului ofertă atașat documentației de atribuire nu reprezintă activitate secundară/accesorie contractului și obiectului său și nici nu se

specifică undeva în documentație acest lucru. Mai mult decât atât, pentru prestarea acestei game de servicii s-a solicitat prin documentația de atribuire o anumită gamă de utilaje, fără de care acestea nu se pot presta, gamă de utilaje pe care ... a demonstrat, prin contracte de închiriere sau facturi că o deține pentru executarea în bune condiții a contractului.

Prin cererea de intervenţie înregistrată la CNSC sub nr. ..., ..., a solicitat cele menţionate în partea introductivă.

Intervenientul arată că activitatea de împădurire constituie ansamblul lucrărilor executate de ofertant, astfel cum acestea sunt descrise în secțiunea dedicată prin caietul de sarcini, altminteri, autoritatea contractantă ar fi în imposibilitatea de a evalua efectivă experiența similară. Per a contrario, un contract prin care ofertantul poate prezenta numai experiența cu privire la pregătirea terenului, ori doar a decopleșirilor, ori fie numai a întreținerilor mecanizate, ar fi suficient în îndeplinirea condiției. Comisia de evaluare are obligația verificării îndeplinirii experienței similare, prin evaluarea îndeplinirii întregului proces, conform activităților expres enumerate în cap. I, pct. Lucrări de executat, precum și la cap. II – primul tabel.

De asemenea, ... precizează că operațiunea de pregătire mecanizată a terenului și solului în vederea împădurii nu este una accesorie, ci, dimpotrivă, esențială, executarea neconformă a acesteia neputând permite executarea corectă a etapelor următoare, fiind necesară revenirea la prima etapă.

Mai mult decât atât, intervenientul subliniază că prin cap. II – Utilaje, instalații, echipamente la caietul de sarcini se impun utilaje pentru cele două operațiuni:

Pct. 1 – Pentru servicii de pregătire mecanizată a terenului se solicită ca ofertanții să dețină tractor de mare putere, dotat cu defrișor sau rotor, tractor de mare putere șenilat sau pe roți, dotat cu ramă fixă sau mobilă, scarificator, distrugător de cioate, freza pentru îndepărtarea și distrugerea vegetației ierboase și lemnoase și pregătirea solului;

Pct. 2 – pentru prestarea serviciilor de împăduriri și întreținere în plantații.

Astfel, ... consideră că este evident că ofertanții trebuiau să facă dovada experienței similare cu privire la prima categorie de lucrări, argumentele contestatoarei rămânând fără suport tehnic, silvic, juridic.

Un alt aspect subliniat de intervenient este că ... face trimitere la dispozițiile art. 3 pct. 1 și 2 din Instrucțiuni nr. 2/2017, omițând pct. 4 teza 2 prin care se trasează foarte clar noțiunea de exercițiu. Așadar, pentru ”împădurire” se înțeleg toate categoriile, astfel cum sunt expuse prin caietul de sarcini, cap. II – tabel 1 – categorii de servicii (coloana 4):

1. pregătirea mecanizată a terenului;
2. împăduriri integrale;
3. întreținere în plantații;

4. completări

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a formulat concluzii scrise, reiterând cele prezentate deja în cadrul contestației, arătând în plus următoarele:

- completarea DUAE presupunea prezentarea unei liste cu principalele servicii, nu lista exhaustivă cu contractele executate de ofertant, iar ... a prezentat principalele contracte care dovedeau experiența similară;
- depunerea contractului la care face referire intervenientul și a altor contracte s-a realizat în urma faptului că autoritatea contractantă a solicitat completări ale documentelor, în aplicarea prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. În acest sens, contestatoarea opinează că autoritatea contractantă a aplicat în mod eronat aceste prevederi, sens în care a solicitat completări ale documentelor privind criterii de calificare și selecție, cu încălcarea dispozițiilor art. 181 din Legea nr. 98/2016;
- totodată, ... susține că autoritatea contractantă și intervenientul interpretează în mod eronat dispozițiile legii, în ceea ce privește experiența similară, acestea afirmând că dovedirea experienței similare se realizează prin prezentarea exhaustivă a exact acelor activități/etape care fac parte din obiectul contractului. Ori, acceptarea acestui mod de interpretare ar încălca principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ar denatura însăși definiția cuvântului ”similar”;
- cu privire la afirmația intervenientului potrivit căreia executarea neconformă a etapei I nu permite executarea corectă a etapelor următoare, ... arată că aceasta nu are relevanță, în condițiile în care a demonstrat, prin completarea DUAE, că deține experiența similară, toate utilajele, instalațiile și echipamentele solicitate, precum și personalul de specialitate necesar pentru îndeplinirea contractului;
- referitor la invocarea art. 3 alin. (4) din Instrucțiunea nr. 2/2017, ... arată că ..., în mod eronat, a încadrat procedura de achiziție publică, în cadrul unei excepții la stabilirea plafonului cantitativ al experienței similare. Ori, autoritatea contractantă a solicitat experiență similară, ca plafon valoric, pe loturi, fără a face referire la cantitatea de servicii prestate. De asemenea, contestatoarea subliniază că, din nota și exemplul oferit de ANAP pentru această excepție, se concluzionează că aceste prevederi se aplică numai atunci când experiența similară este cuantificată cantitativ, iar contractul are o complexitate deosebită, sens în care se solicită mai multe contracte cu obiect similar, în cantități mai mici decât cea prevăzută ca și criteriu, dar care, cumulate,

pot depăși cantitatea totală a contractului ce urmează a fi atribuit.

Cererea de intervenție voluntară formulată de ... este calificată de Consiliu ca fiind o cerere de intervenție accesorie conform art. 63 din Codul de procedură civilă, operatorul economic declarat câștigător având interesul ca actul autorității contractante prin care a fost declarat câștigător să fie menținut prin respingerea contestației. O asemenea cerere este admisibilă având în vedere că prin dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 legiuitorul a dispus că până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație.

Consiliul, constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, a admis în principiu cererea de intervenție voluntară accesorie, în sprijinul autorității contractante, formulată de ..., întrucât, aceasta șia dovedit interesul în procedură, prin declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a ....

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

Procedura de licitație deschisă online, a fost inițiată de ...T, în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, divizat pe loturi, având ca obiect *”SERVICII DE ÎMPĂDURIRI ...”*, cod CPV 77231600-4 – Servicii de împădurire (Rev.2), lot 1, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ....

Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind 1.992.520,99 lei, fără TVA.

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

Potrivit Raportului procedurii nr. ..., ... a fost declarat câștigător al lotului 1 al procedurii în analiză, rezultat comunicat acesteia prin adresa nr. 3612 din 19.07.2017, prin care a fost invitată să se prezinte pentru semnarea contractului, în data de 24.07.2017. Ulterior, prin adresa nr. 3704, comunicată prin intermediul poștei electronice în data de 26.07.2017, ... i s-a comunicat faptul că, în urma unei notificări, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei sale, și a stabilit că oferta sa, inițial declarată câștigătoare, nu a îndeplinit cerințele de calificare, fiind inacceptabilă.

Împotriva adresei nr. ..., ... se îndreaptă cu contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...,solicitând anularea respectivei adrese.

Cu privire la critica în legătură cu motivul invocat de autoritatea contractantă privind neîndeplinirea, de către contestatoare, a cerinței de calificare privind experiența similară, Consiliul o va admite, pentru motivele ce vor fi expuse în continuare.

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, prin fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, secțiunea III – „Informații juridice, economice, financiare și tehnice", capitolul III.2) – „Condiții de participare", punctul III.2.3. – „Capacitatea tehnică", cerința nr. 1, s-a solicitat „*Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, din care să rezulte că a prestat servicii similare a căror valoare cumulată a fost de minim 50% din valoarea estimată, pentru fiecare lot ofertat, respectiv 637.882,61 lei pentru lotul nr. 1(...). Document obligatoriu: Prezentare certificate/documente emise sau contrasemnate de către o autoritate contractantă sau de către clientul beneficiar*".

În dovedirea îndeplinirii acestei cerințe, contestatoarea ... a indicat în cadrul DUAE, astfel:

- contractul nr. ..., încheiat cu ... – finalizat - având ca obiect reconstrucție ecologică forestieră pe terenuri degradate, în valoare de 1806367 RON; recomandare nr. 9850/15.09.2015 privind calitatea lucrărilor executate;
- recomandarea nr. 4307/13.07.2017 privind calitatea lucrărilor executate contractul nr. 8000 din 16.11.2015, încheiat cu ... -în derulare- având ca obiect reconstrucție ecologică forestieră pe terenuri degradate, din care rezultă valoarea serviciilor executate, în valoare de 1.342.358,27 RON.

Urmare solicitării de clarificări nr. 3463 din 11.07.2017, ... a depus, în completarea documentelor suport ale DUAE, după cum urmează:

- contractul nr. ..., încheiat cu ..., având ca obiect lucrări de împăduriri și întreținere culturi forestiere, însoțit de procese-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. ... și nr. ...;
- contractul nr. ..., având ca obiect servicii de împădurire și întreținere plantații, până la realizarea stării de masiv pe suprafața de 66,18 ha, încheiat cu ... ..., în valoare de 1.323.571,79 RON, la care sunt atașate procese-verbale de recepție.

Consiliul reține că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit este *"SERVICII DE ÎMPĂDURIRI ..."*, cod CPV 77231600-4 – Servicii de împădurire (Rev.2).

Consiliul apreciază, raportat la cele expuse mai sus, că, informaţiile cuprinse în documentele suport ale DUAE sunt suficiente şi îndestulătoare, astfel încât să fie îndeplinită cerința autorităţii contractante, așa cum a fost formulată, privind obligația ofertantului ... de a demonstra că a prestat servicii similare a căror valoare cumulată a

fost de minim 50% din valoarea estimată a lotului 1, fiind respectat modul de îndeplinire a respectivei cerințe.

Aprecierea Consiliului se bazează pe faptul că, prin fișa de date nu s-a solicitat, în mod expres, dovada realizării tuturor subactivităților care fac obiectul contractului în analiză, o astfel de cerință încălcând principiul proporționalității, "similar" neînsemnând "identic", astfel încât, prin prezentarea documentelor inițiale, ... a făcut dovada îndeplinirii cerinței din fișa de date privind prestarea de servicii similare, cu o valoare cumulată de minim 50% din valoarea estimată a lotului 1, așa cum a fost aceasta formulată, prin documentația de atribuire.

Consiliul reține că, potrivit art. 209 din Legea nr. 98/2016, prevede dreptul autorității contractante de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente.

Consiliul reține, de asemenea, că potrivit art. 133 alin. (1) și (2) și art. 134 alin. (1), (3) și (4) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2017, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare Norme metodologice, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, dar, și de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, comunicarea transmisă, în acest sens, către ofertant trebuind să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

În speță, fișa de date a achiziției nu are nici o precizare referitoare la interdicția solicitării de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați, ulterior depunerii ofertelor și deschiderii acestora, ca atare, prezentarea de documente ulterioare, în vederea dovedirii îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire, ca urmare a unei solicitări de clarificări adresate de autoritatea contractantă, se înscrie în prevederile legale în vigoare.

Contractele prezentate ulterior, ca urmare a solicitărilor de clarificări ale autorităţii contractante, nu au făcut altceva decât să confirme experiența similară, inclusiv în domeniul serviciilor de pregătire mecanizată a terenului și solului, reținut fiind faptul că nu poate constitui motiv de inacceptabilitate prezentarea ulterioară a unui contract prin care să se demonstreze îndeplinirea cerințelor privind experiența similară, în condițiile în care cerința documentației de atribuire se referă

la o listă a contractelor privind experiența similară și nu doar la cele două contracte prezentate inițial.

Raportat la cele expuse, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv, în evaluarea ofertei ..., în ceea ce privește documentele depuse în dovedirea îndeplinirii cerinței minime privind experiența similară, critica ..., în acest sens, urmând a fi admisă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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 urmează să admită contestația depusă de ... în contradictoriu cu ... și să anuleze adresa nr. ....

Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție accesorie formulată de ..., pentru motivele evocate.

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 contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...T și anulează adresa nr. ....

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție accesorie formulată de ..., pentru motivele evocate.

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 5 (cinci) exemplare, conține 10(zece) pagini.