

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 061/03.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 35966/04.07.2023, formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva solicitării de clarificări nr. 50146/30.06.2023, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, s-a solicitat: *„anularea parțială a solicitării de clarificări (întrebarea 2) în sensul eliminării întrebării cu privire la cerința de calificare - experiență similară”*.

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, să soluționeze contestația de față, prin care critică solicitarea de clarificări nr. 50146/30.06.2023, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele antemenționate.

În motivarea contestației, precizează că, la data de 01.07.2023, (sâmbătă, zi nelucrătoare), ora 18.57, a primit de la autoritatea contractantă o clarificare, cu termen de 1 zi lucrătoare, prin care i s-a solicitat dovada unor condiții de calificare, nespecificate în cadrul anunțului de participare, la secțiunea condiții de calificare.

Potrivit contestatorului, deși conform fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă nu solicită experiență similară, la faza de evaluare tehnică a ofertei, comisia de evaluarea, prin clarificarea nr. 50146/30.06.2023, a solicitat *„dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani în valoare cumuată de cel puțin 1.230.675 lei fără TVA,*

valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor la nivelul a maxim 2 contracte”.

În opinia contestatorului, cerința autorității este nulă și nu poate fi luată în considerare, prin urmare, este lipsită de orice relevanță și nu poate fundamenta o solicitare de clarificări în acest sens.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016, precum și orice alt text de lege la care s-a făcut referire în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 50832/04.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 36309/05.07.2023,, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca fiind tardiv formulată.

Autoritatea contractantă precizează că a publicat în SEAP anunțul nr., potrivit căruia la secțiunea 4.2. *Mod de prezentare a ofertei tehnice*, se solicită demonstrarea experienței similare.

Având în vedere faptul că ofertantul nu a contestat documentația de atribuire, achizitorul apreciază că acesta a decis să participe la procedură, în condițiile impuse de documentația de atribuire, astfel că solicitarea comisiei de evaluare este legitimă.

În aceste condiții, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca tardiv introdusă.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 37422/1864/C2/10.07.2022, în considerarea dispozițiilor art. 20 coroborate cu cele ale art. 15 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorului, punctul de vedere față de excepția tardivității formulării contestației, invocată în cauză de către autoritatea contractantă,, prin punctul de vedere nr. 50832/04.07.2023.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 088/11.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 38004/12.07.2023, solicitând respingerea excepției tardivității și judecarea contestației așa cum a fost formulată.

Astfel, contestatorul precizează că, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, societatea sa are dreptul de a contesta orice act care îi lezează interesele, respectiv, *solicitarea de clarificări nr. 50146/30.06.2023*.

În cazul de față, susține contestatorul, solicitarea de clarificări i-a fost adusă la cunoștință în data de 01.07.2023, iar societatea sa a înaintat contestația în data de 03.07.2023, respectiv, cu 4 zile înainte de termenul limită.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

..... a constituit cautiunea în cuantum de lei prin recipisa de consemnare nr. din data de 07.07.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 1745/07.07.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 3 oferte.

Nemulțumit de conținutul solicitării nr. 2 din cadrul adresei de clarificări nr. 50146/30.06.2023 primită din partea comisiei de evaluare, în etapa de evaluare tehnică, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge, reținând în acest sens că actul atacat prin demersul de contestare al este reprezentat de adresa de clarificări nr. 50146/30.06.2023, față de care, depunerea contestației, în data de 03.07.2023, este realizată cu respectarea termenului de 10 zile impus de dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr.101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pe fond, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, în fapt, prin cererea de clarificări contestată, au fost solicitate următoarele:

2. Cu privire la Fișa de date, cap. IV.4.1 – Modul de prezentare propunerii tehnice – vă solicităm dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani în valoare cumulată de cel puțin 1230.675 lei fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor la nivelul a maxim 2 contracte.

În opinia contestatorului, cerința privind experiența similară a cărei demonstrare îi este solicitată prin actul atacat, reprezintă o clauză nescrisă, ea nefiind prevăzută în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.1.3.a) privind capacitatea tehnică și/sau profesională.

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

din Legea nr. 98/2016:

- art. 163 Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai **criterii de calificare** și selecție referitoare la:

a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;

b) **capacitatea candidatului/ofertantului.**

- art. 172 alin. (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai **criterii de capacitate referitoare la:** a) capacitatea de exercitare a activității profesionale; b) situația economică și financiară; c) **capacitatea tehnică și profesională.**

- art. 179. - Operatorul economic face dovada îndeplinirii **cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională** prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:... 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 și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, 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;

din HG nr. 395/2016:

- art. 20 alin. (2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

- art. 30 alin. (4) **Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.**

- art. 30 alin. (6) **Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.**

Astfel, se reține că, *experiența similară* reprezintă un criteriu de calificare ce ține de capacitatea tehnică și profesională a ofertantului, drept care, atunci când decide să impună o asemenea cerință, autoritatea contractantă este ținută să o includă în anunțul de participare.

Verificând conținutul anunțului de participare nr., întocmit de autoritatea contractantă pentru prezenta procedură, Consiliul nu regăsește a fi fost solicitată îndeplinirea vreunei cerințe privind demonstrarea experienței similare a participanților, în *Secțiunea III: Informații juridice, economice, financiare și tehnice, la cap. III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională* fiind precizat:

III.1.3) Capacitatea tehnica si profesionala

Criteriile de selectie enuntate în documentele achizitiei: **Nu**

Lista si descriere succinta a criteriilor de selectie: -

De altfel, atât în cuprinsul actului atacat, cât și în apărările sale, autoritatea contractantă face trimitere, nu la secțiunea corespunzătoare criteriilor de calificare și selecție a fișei de date, respectiv la *cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnica si profesionala* din *Secțiunea III*, ci la *cap. IV.4 Prezentarea ofertei, pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*, unde apar prezentate informații privind demonstrarea unui anumit nivel al experienței similare.

Însă, reține Consiliul că deținerea unei experiențe similare nu are legătură cu componenta tehnică a ofertei, prin care se demonstrează conformitatea acesteia cu specificațiile tehnice solicitate prin caietul de

sarcini, ca parte distinctă a documentației de atribuire, în timp ce criteriile de calificare au drept obiectiv selectarea ofertanților care sunt capabili să execute contractul ce urmează să fie atribuit, la standardele de calitate solicitate.

De asemenea, este reținut faptul că toate criteriile de calificare și selecție solicitate de autoritatea contractantă sunt preluate și se regăsesc și la nivelul formularului DUAЕ generat electronic ce conține informațiile solicitate ofertanților în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire, or, nici în formularul DUAЕ pe care ofertanții l-au completat în procedură, nu este menționată vreo cerință aferentă *secțiunii C Capacitatea tehnică și profesională*.

Aceasta situație este de natură a încălca principiul transparenței, statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind evident, astfel, din probatoriul analizat, că la nivelul anunțului de participare aferent prezentei proceduri, autoritatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada unui anumit nivel al experienței similare, drept care, în acord cu prevederile art. 30 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016, anterior citate, se constată că solicitarea privind demonstrarea experienței similare reprezintă o clauză nescrisă.

Caracterul nescris al unor astfel de clauze înseamnă că, nefiind precizate în anunțul de participare, ele sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu pot fi luate în considerare în evaluare, situație similară inexistenței respectivelor clauze.

Pe cale de consecință, criticile contestatorului se dovedesc a fi întemeiate, reținându-se, în acord cu susținerile acestuia, că o clauză nescrisă este lipsită de relevanță și nu poate fundamenta o solicitare de clarificări a ofertei.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, și va obliga autoritatea contractantă la anularea solicitării de clarificări nr. 50146/30.06.2023, în partea care privește întrebarea nr. 2, referitoare la demonstrarea experienței similare.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Obligă autoritatea contractantă la

anularea solicitării de clarificări nr. 50146/30.06.2023, în partea care privește întrebarea nr. 2, referitoare la demonstrarea experienței similare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.