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, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., având CUI RO ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., reprezentată prin ..... – Director general, formulată împotriva adresei nr. 5352/16.02....., reprezentând răspuns la notificarea prealabilă, emisă de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat:

- “anularea răspunsului autorității contractante nr. 5353/16.02..... prin care s-a adus la cunoştinţa societăţii noastre că autoritatea contractantă consideră solicitarea noastră de remediere ca fiind neîntemeiată;
- obligarea autorității contractante să refacă documentaţia de atribuire, eliminând cerinţa discriminatorie privind experienţa similară de minimum 3 milioane lei, astfel încât accesul la procedura de atribuire să nu fie îngrădit;
- suspendarea procedurii de achiziţie publică, în temeiul art. 22 din Legea nr.101/2016, până la soluţionarea prezentei contestaţii”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de fată, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia prin care SC ..... SA atacă adresa nr. 5352/16.02....., reprezentând răspuns la notificarea prealabilă, emisă de ....., în calitate de entitate contractantă, în procedura amintită, de respingere a solicitării de remediere a documentației de atribuire.

În fapt, contestatoarea arată că cerința pentru demonstrarea capacității de prestare a serviciilor de manipulare – depozitare, respectiv, experiența similară de minim 3.000.000 lei este discriminatorie, contrară dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, pe motiv că pentru prestarea acestor servicii, relevantă este dotarea tehnică: - rampe depozitare, mijloace de manipulare, personal calificat și mai puţin valoarea serviciilor prestate, aceste servicii fiind, prin natura lor, servicii care nu necesită resurse financiare consistente atât timp cât există dotările tehnice necesare.

Întrucât prin natura sa, serviciul solicitat este unul specializat (a se vedea standardul API 5 CI, la care se face referire și în caietul de sarcini) "servicii de depozitare și manipulare material tubular", petenta apreciază că, la nivel naţional, există un număr foarte redus de ofertanți care au capacitatea tehnică de a presta acest serviciu, cu respectarea standardului impus de entitatea contractantă.

Consecința inserării unui criteriu eliminatoriu, precum experienţa similară de minimum 3 milioane lei, în opinia contestatoarei, nu face decât să restricţioneze și mai mult participarea la această procedură a majorității ofertanţilor de pe piaţa de profil din Romania.

Mai mult, prin corelarea experienţei similare cu valoarea estimată a contractului, se creează premisele utilizării unor criterii de calificare restrictive, afectând, în acest mod, competiţia (a se vedea Ghidul de Bune Practici emis de CNSC - pag. 36-37).

Contestatoarea mai supune atenției că pe piață există ofertanți care prestează servicii de manipulare-depozitare în mod constant, dar acestea sunt servicii-suport pentru clienţii lor, componenta de prestări servicii fiind inclusă în preţul de vânzare a produselor lor, neputând fi dovedită valoric prin prezentarea de certificate/documente emise de clientul beneficiar.

De altfel, în România există societăţi comerciale care desfășoară activități de comerț cu materiale grele, produse metalurgice, produse laminate, țevi și care, implicit, desfășoară și activități de manipulare și depozitare, valoarea acestor activități fiind reflectată în cifra de afaceri.

Concluzionând, petenta consideră că documentaţia a fost elaborată de entitatea contractantă pornind de la identificarea ofertantului considerat "capabil" să execute contractul, pe baza unui criteriu precum cel al valorii experienţei similare de minimum 3 milioane lei, restrictiv și discriminatoriu.

În drept, se invocă de către contestatoare Legea nr. 101/2016 și Legea nr. 554/2004.

Prin adresa nr. 6286/23.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 7707/26.02....., entitatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de SC ..... SA, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Stabilirea unui plafon valoric pentru dovedirea experienţei similare (Fișa de date - Secţiunea III pct.2.3.), în opinia entității contractante, nu reprezintă o încălcare a principiului nediscriminării, prevăzut de art. 2 alin (2) din Legea nr. 99/2016, așa cum în mod eronat susține contestatoarea. Sursa acestui principiu o constituie art. 18 din Tratatul privind Funcţionarea Uniunii Europene.

Astfel, corelarea experienţei similare cu valoarea estimată nu este restrictivă, în conformitate cu prevederile art. 191 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă amintește și Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, care prevede, la art. 3, faptul că, atunci când stabilește cerinţe minime de calificare și selecţie referitoare la experienţa în realizarea unor contracte sau activități similare, entitatea contractantă trebuie să precizeze și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerinţe. În acest sens, conform art. (3) alin. (2) lit. b) din Instrucţiunea amintită, ”entitatea contractantă va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon. Nivelul poate atinge acest plafon. Nivelul impus nu poate fi mai mare decât valoarea estimată a contractului ce urmează sa fie atribuit”.

În cazul de față, plafonul valoric stabilit este de 3.000.000 lei, situându-se sub valoarea estimată a achiziţiei, de 3.100.000 lei.

Concluzionând, entitatea contractantă apreciază că cerinţa privind experienţa similară nu îngrădește dreptul participării ofertanţilor la procedură, aceasta fiind solicitată ținându-se cont de importanța contractului ce urmează a fi atribuit, pentru verificarea tehnică și profesională a operatorilor economici și în vederea asigurării unui potențial partener cu experienţă în domeniul contractului; astfel încât, susţinerile petentei referitoare la unele probleme existente în documentaţia de atribuire identificate în Ghidul de Bune Practici al CNSC nu se regăsesc in prezenta .....

Având în vedere cele expuse, entitatea contractantă solicită respingerea contestației SC ..... SA, ca nefondată.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, ..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, publicând în SEAP anunțul de participare (sectoriale) nr. ...../..... și documentația de atribuire aferentă.

Împotriva cerinței privind experiența similară, cuprinsă în fișa de date a achiziției, SC ..... SA a formulat, în condițiile prescrise la art. 6 din Legea nr. 101/2016, o notificare prealabilă.

Nemulțumită de adresa nr. 5352/16.02....., reprezentând răspuns la notificarea prealabilă, ce privește aspectul amintit din documentația de atribuire, SC ..... SA a înaintat contestația de față, cu respectarea prevederilor coroborate ale art. 6 alin (1) și art. 8 (1) din Legea nr 101/2016, solicitând anularea actelor emise în precedent care conțin referirile la experiența similară și refacerea documentației de atribuire, conform celor enunțate în partea introductivă a deciziei.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii, formulată concomitent, Consiliul s-a pronunțat asupra ei, prin Încheierea nr. 115/...../..... din 22.02....., admițând-o, în sensul suspendării procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei.

Privitor la nivelul experienţei similare (indicat în Fișa de date a achiziției, Subsecţiunea *III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*), considerat de contestatoare ca fiind discriminatoriu, adică contrar principiului nediscriminării, prevăzut de art. 2 alin (2) din Legea nr. 99/2016, Consiliul are în vedere că susținerea se bazează pe aprecierea că viitoarele servicii ar putea fi prestate și de operatori economici care au dotare tehnică specifică relevantă (rampe depozitare, mijloace de manipulare, personal calificat), deși nu ar fi prestat în precedent servicii de un nivel valoric concurent sumei minime.

Consiliul are în vedere că entitatea contractantă a impus următoarea cerință: ”Ofertantul va demonstra prestarea de servicii de depozitare și manipulare a încărcăturilor prin prezentarea unei liste a principalelor prestări de servicii din ultimii 3 ani, [...], conținând valori, perioade de livrare/prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt entități contractante sau clienți privați, a căror valoare însumată să fie de minim: 3.000.000 lei”.

Din conținutul cerinței, Consiliul înțelege că entitatea contractantă acceptă, drept experiență similară, inclusiv servicii de tipul celor evocate de către contestatoare, considerate accesorii ale unor livrări de materiale/produse depozitate, și nu, exclusiv servicii de depozitare și manipulare încărcături. Consiliul are în vedere și că dotarea tehnică, evocată de contestatoare, poate prezenta relevanță în aprecierea asupra capabilității tehnice de a presta viitoarele servicii, dar achizitorul este îndreptățit de a evalua și capabilitatea ofertantului de a derula un contract de o valoare însemnată, precum viitorul contract.

De asemenea, având în vedere că entitatea contractantă nici nu a impus, conform unor practici uzuale (bazate, inclusiv, pe dispozițiile din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, invocate de entitatea contractantă), un număr de astfel de contracte realizate în precedent, Consiliul consideră că nivelul valoric minimal al experienței similare nu reprezintă, cu certitudine, impediment în participarea la competiție.

Prin urmare, sub aspectul tipului de prestații deja efectuate și al valorii lor, raportat la obiectul viitorului contract, Consiliul nu consideră disproporționată cerința de calificare în cauză.

De asemenea, pretinsa specializare a viitoarelor servicii și existența unui număr redus de ofertanți capabili să presteze serviciile viitoare sunt

susțineri speculative ale contestatoarei, care nu probează imposibilitatea derulării unei competiții reale.

De altfel, corelarea experienţei similare, la nivelul minim impus, cu valoarea estimată a contractului (3.000.000 lei/3.100.000 lei), reflectă lipsa unui disproporții a cerinței, care trebuie analizată în ansamblu. Astfel, valoarea experienței similare poate fi dovedită prin cumulul prestațiilor din ultimii 3 ani, indiferent de numărul contractelor, în timp ce viitorul contract ar putea avea o valoare apropiată acestei experiențe.

Întrucât nivelul experienței similare nu este nici disproporționat și nici nu conduce la o discriminare vădită a virtualilor ofertanți (inclusiv, a contestatoarei), respectând atât prevederile explicite ale art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, cât și principiile de la art. 2 alin. (2) din Lege, Consiliul consideră nefondate criticile.

Conform art. 191 alin. (2) din Lege: *Criteriile privind capacitatea tehnică şi profesională stabilite de entitatea contractantă pot viza în special existenţa unui nivel corespunzător de experienţă, prin raportare la contractele executate în trecut*.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, autoritatea contractantă urmând a relua procedura de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SC ..... SA, formulată în contradictoriu cu ....., împotriva cerinței de experiență similară stabilită în procedura inițiată cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... **...** **...**

...