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 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. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., având CUI ..... înregistrată la Registrul Comerțului ..., reprezentată prin ..... - Director General, în calitate de lider al asocierii SC ..... SA - SC ..... SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii emis de ..... SA, cu sediul în ..., Loc. ....., jud. ....., Cod poștal: ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „.....”, cod CPV 45315600-4, s-a solicitat: „admiterea contestației; constatarea caracterului nelegal al adresei nr. F5000/ 13.10....., cât și al actelor care au stat la baza emiterii ei, precum și al tuturor actelor subsecvente și anularea acestora; obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei lui și la emiterea unei noi adrese de comunicare; obligarea entității contractante la emiterea comunicării rezultatului și la finalizarea procedurii, în conformitate cu prevederile legale în vigoare aplicabile în materia achizițiilor publice, precum și cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 al Legii nr. 99/2016”.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC ..... SA în calitate de lider al asocierii SC ..... SA - SC ..... SRL formulează contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., în care apreciază că, toate condițiile sunt îndeplinite, interesul lui fiind unul legitim, personal și direct, născut și actual, în condițiile în care, în urma

reevaluării, se va constata faptul că oferta lui este admisibilă, astfel dobândind posibilitatea de a fi desemnată câștigătoare a procedurii.

De asemenea, precizează că depunerea ofertelor a avut loc în data de 20.09....., ora 15:00 fiind depuse următoarele oferte:

1. SC ... SA cu subcontractant SC ... .. SRL;
2. SC ... SA cu subcontractant SC .. SRL;
3. Asocierea SC ..... SA - SC ... SRL.

Contestatorul susține că, în data de 03.10....., a recepționat prin intermediul SEAP, adresa nr. F4747 / 03.10..... prin care i s-au solicitat clarificări referitoare la îndeplinirea cerințelor din DUAE, în speța cu privire la experiența similară pentru o valoare minimă de 2.522.090,69 lei, solicitare la care a răspuns în termenul legal, prin intermediul adresei nr. 651/06.10....., prezentând detalii cu privire la contractele cu care își susține experiența similară.

Ulterior, în data de 13.10....., prin adresa nr. F5000, entitatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, prin care se precizează că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394 / 2016. În acest sens, contestatorul arată că, entitatea contractantă a precizat în această adresă că, data limită până la care are dreptul de a depune contestație împotriva deciziei este 20.10....., în condițiile în care, este evident faptul că termenul pentru exercitarea căii de atac împotriva rezultatului a expirat pe data de 18.10....., raportat la tipul contractului și valoarea estimată a procedurii. Contestatorul menționează că în data de 18.10..... a notificat entitatea contractantă, acesta răspunzând în data de 20.10....., prin intermediul adresei nr. F5083/20.10....., comunicând că nu va face remedieri.

Cu privire la mențiunea din cuprinsul notificării prealabile potrivit căreia „SC ..... SRL are calitatea de asociat NU de terț susținător” contestatorul arată că entitatea contractantă menționează în debutul punctului de vedere cu privire la notificarea prealabilă următoarele: „La depunerea în SEAP a ofertelor pentru lucrarea mai-sus menționată, care a avut loc în data de 20.09....., ora 15:00, în cadrul documentelor de calificare, a fost depus pentru SC ..... SRL angajamentul privind susținerea tehnică pentru experiența similară, semnat de reprezentantul legal al SC ..... SRL, în calitate de terț susținător, pe cale de consecință, SC ..... SRL are și calitate de terț susținător pentru procedura de atribuire a contractului de achiziție sectorială”. În acest sens, subliniază că dintr-o regretabilă eroare umană, în cadrul documentelor de calificare a fost încărcat și angajamentul de susținere emis de către SC ..... SRL pentru experiența similară, dar, în egală măsură, în cadrul documentelor de calificare a fost depus acordul de asociere semnat pe data de 20.09..... între el și asociatul SC ..... SRL, totodată în ambele DUAE depuse, respectiv atât în DUAE al contestatorului, cât și în DUAE al asociatului SC ..... SRL, la paginile

3-4 din DUAE depuse, fiind menționată calitatea de „LIDER”, respectiv de „ASOCIAT”, în aceste condiții rezultând faptul că forma de participare pentru care s-a optat este asocierea.

Contestatorul consideră că, eroarea respectivă putea fi înlăturată prin solicitarea unei clarificări, solicitare de clarificare care nu ar fi fost în niciun caz de natură a aduce atingere prevederilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, în condițiile în care corectarea respectivei erori este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate (DUAE, acord de asociere), sau a cărei corectare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibilă de a-i produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Contestatorul apreciază că, sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 99/2016
- art. 3 alin. (1) lit. ff) din Legea nr. 99/2016
- art. 164 din Legea nr. 99/2016;
- art. 191 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016
- art. 192 lit. a) din Legea nr. 99/2016
- art. 199 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.
- art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016
- art. 221 din Legea nr. 99/2016
- art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016;
- art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016;
- art. 133 alin. (1) lit. b) din HG nr. 394/2016;
- art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016;
- art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016
- alin. (1) al art. 5 din Instrucțiunea AN AP nr. 2 / ....., emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016;
- alin. (3) al art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2 / ....., emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016

Având în vedere cerința referitoare la experiența similară din Fișa de date a achiziției, și analizând conținutul adresei nr. F5000/13.10..... și temeiul legal invocat în justificarea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei, respectiv alin. (4) al art. 140 din HG nr. 394 / 2016, se poate trage concluzia, în opinia contestatorului că, acesta nu este aplicabil speței de față, întrucât pe de o parte, a transmis în termenul precizat clarificările/ completările solicitate, iar pe de altă parte, clarificările/completările transmise sunt mai mult decât concludente.

Contestatorul precizează că, în cuprinsul adresei nr. 651/ 06.10....., a prezentat detalii cu privire la următoarele contracte:

1. Contractul nr. 243/19.09.2016, încheiat între SC ..... SRL și SC .. SRL, având ca obiect execuția și furnizarea de FCDP-uri și o valoare de 1.980.602,20 lei;

2. Contractul nr. 396/07.02....., încheiat între ..... SA, având ca obiect Modernizare LEA it și branșamente Malu cu Flori volumul 2 și o valoare de 1.033.000.05 lei;

3. Contractul nr. R2379/21.07.2016, încheiat între ..... SA, având ca obiect Modernizare LEA it și branșamente consumatori Produlești-jud. DB și o valoare de 563.255 lei.

În ceea ce privește afirmația entității contractante potrivit căreia, cele două contracte invocate în vederea susținerii experienței similare, contracte încheiate cu ..... SA, pentru care nu s-a precizat în ce au constat aceste lucrări, contestatorul arată că, dincolo de faptul că ambele contracte invocate au fost atribuite în urma unor proceduri de achiziție publica, context în care orice persoană interesată poate accesa site-ul www.e-licitatie.ro pentru a obține detalii cu privire la obiectul celor două proceduri, beneficiarul ambelor contracte fiind însăși entitatea contractantă. Contestatorul consideră că, entitatea contractantă trebuia să solicite clarificări, raportat la prevederile art. 133 alin. (1) lit. b) din HG 394/2016.

De asemenea contestatorul invocă prevederile art. 205 alin. (1) din și art. 221 din Legea nr. 99/2016 și jurisprudența constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului (Cazul Airey contra Irlandei, 1979, și Cazul Artico contra Italiei, 1980 etc.), precum și jurisprudența Curților de Apel din România și le enumeră.

Contestatorul apreciază că, integralitatea jurisprudenței antemenționate este aplicabilă și pentru înlăturarea erorii de depunere a angajamentului de susținere emis de către asociatul SC ..... SRL, respectiv că era absolut obligatorie solicitarea de clarificări în vederea înlăturării respectivei erori.

De asemenea, contestatorul precizează că a răspuns solicitărilor de clarificări raportat la modalitatea de formulare a acestora, prezentând detalii referitoare la beneficiari, obiect și valoarea respectivelor contracte. În acest context alegația entității contractante, potrivit căreia răspunsul nu ar fi fost concludent, apare ca fiind neîntemeiată, cu atât mai mult cu cât cele două contracte invocate în vederea susținerii experienței similare al căror beneficiar este chiar entitatea contractantă și au fost atribuite în urma derulării a două proceduri de achiziție publică având cod CPV identic cu cel al prezentei proceduri, respectiv 45315600-4 - Instalații de joasă tensiune (Rev.2).

Contestatorul susține și că cel de-al treilea contractat invocat în vederea susținerii experienței similare solicitate, respectiv contractul nr. 243 / 19.09.2016, încheiat între SC ..... SRL și SC ...SRL, având ca obiect execuția și furnizarea de FCDP-uri și o valoare de 1.980.602,20 lei, se încadrează în experiența similară solicitată, respectiv lucrări

electrice de natura și complexitate similară/ comparabilă cu lucrările care fac obiectul contractului, încadrate în codul CPV 45315600-4 - Instalații de joasă tensiune (Rev.2).

Având în vedere că, entitatea contractantă menționează faptul că experiența similară prezentată nu este relevantă în raport cu obiectul contractului, afirmație precedată de o enumerare detaliată a activităților care fac parte din obiectul contractului, contestatorul arată că, raportat la prevederile art. 3 alin. (1), lit. s), art. 164, art. 191 alin. (1) și (2) și 192 lit a) din Legea nr. 99 / 2016, la cele ale art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/ 2016 și cele ale alin. (1) și (3) ale art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/....., coroborat cu cerința referitoare la experiența similară descrisă în cuprinsul fișei de date a achiziției, rezultă că a demonstrat îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară.

Contestatorul susține că, în privința evaluării ofertelor pe baza unor criterii care exced cerințelor documentației de atribuire, jurisprudența este unitară, și invocă practica CNSC și a Curților de Apel.

Stabilirea unor reguli/cerințe/criterii identice pentru toți ofertanții este în concordanță cu scopul instituit de legislația în materia achizițiilor publice, și anume concurența între operatorii economici și are drept principiu tratamentul egal între aceștia, modalitatea în care poate fi realizat acest lucru fiind evaluarea ofertelor prin raportare la aceeași documentație de atribuire, pentru ca aceste oferte să poată fi comparate și pentru ca autoritatea contractantă să atribuie contractul de achiziție publică acelui ofertant care a prezentat cea mai avantajoasă ofertă. Așadar, conform documentației de atribuire, pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similara nu s-a solicitat dovada unei experiențe identice cu obiectul contractului, ci doar dovada că în ultimii 5 ani au fost executate lucrări electrice de natură și complexitate similară/ comparabilă cu lucrările care fac obiectul contractului, încadrate în codul CPV 45315600-4 - Instalații de joasă tensiune (Rev.2), conform Fișei de date a achiziției.

Având în vedere exemplul de practică defectuoasă prevăzut expres de Instrucțiunea ANAP nr. 2/....., contestatorul apreciază că entitatea contractantă a aplicat în cadrul procesului de evaluare a ofertelor exact tipul de practică defectuoasă prohibit de actul normativ citat anterior. Faptul că experiența similară nu înseamnă experiența identică a fost confirmată de-a lungul timpului de jurisprudența instanțelor de judecată și a CNSC, arată contestatorul.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 45420/ ..... - ...../26.10....., Consiliul solicită entității contractante dosarul achiziției și oferta contestatorului, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Prin adresa nr. 6625/01.11....., înregistrată la CNSC cu nr. 46264/01.11....., entitatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestație și actele solicitate, și solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Față de afirmația contestatorului potrivit căreia s-a reținut în mod eronat că SC ..... SRL are calitatea de terț susținător, nu de asociat, entitatea contractantă consideră că, contestatorul a ignorat faptul că, în SEAP, în cadrul documentelor de calificare, a fost depus pentru SC ..... SRL angajamentul privind susținerea tehnică pentru experiența similară, semnat de reprezentantul legal al SC ..... SRL, în calitate de terț susținător.

Față de afirmația contestatorului că „dintr-o regretabilă eroare umană" în cuprinsul documentelor de calificare a fost încărcat și angajamentul de susținere emis de SC ..... SRL pentru experiența similară, făcând trimitere și la acordul de asociere depus și la DUAE depus în care este menționată calitatea de „lider", respectiv de „asociat", și deci forma de participare pentru care s-a optat este asocierea, precum și faptul că, entitatea contractantă nu a solicitat clarificări referitoare la calitatea SC ..... SRL, ca participant la procedură, entitatea contractantă arată că, această susținere nu are obiect, având în vedere că legislația în vigoare aplicabilă achizițiilor publice permite participarea la o procedură a unui ofertant în toate formele prevăzute de aceasta.

De asemenea, entitatea contractantă arată că, în data de 22.09..... a fost încărcată în SEAP lista operatorilor economici care au depus oferte în cadrul procedurii organizate de SDEE MN SA în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „Modernizare instalație electrice de distribuție a energiei electrice aparținând SDEE Târgoviște, blocuri de locuințe Găești", din care reiese că SC ..... SRL, are atât calitatea de asociat, cât și pe cea de terț susținător, calități care nu au fost contestate de către SC ..... SA la momentul respectiv, cu atât mai mult cu cât informațiile publicate în SEAP sunt accesibile tuturor participanților la procedură.

În analiza documentelor de calificare, entitatea contractantă a ținut cont de faptul că SC ..... SRL are atât calitate de asociat, cât și de terț susținător, fapt susținut prin aceea că dacă entitatea contractantă ar fi analizat documentele de calificare doar prin prisma existentei unui terț susținător, ar fi aplicat prevederile art. 126 din Legea nr. 99/2016, alin. (12).

Entitatea contractantă arată că, în conformitate cu art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 a solicitat clarificări referitoare la experiența similară prezentată atât de contestator, cât și de SC ..... SRL având în vedere că în DUAE prezentat nu era nicio precizare referitoare la experiența proprie similară, iar în DUAE prezentat de SC ..... SRL era precizat un contract, cu o valoare de 1.980.602,20 lei, fără a se preciza în ce au constat lucrările prezentate ca experiență similară, raportate la

obiectul contractului. Astfel, prin adresa nr. 651/06.10....., contestatorul consideră că a prezentat detalii cu privire la următoarele contracte :

1. Contractul nr. 243/19.09.2016, încheiat între SC ..... SRL și SC .... SRL, având ca obiect execuția și furnizarea de FDCP-uri și o valoare de 1.980.602,20 lei;

2. Contractul nr. 396/07.02....., încheiat între SC ..... SA și ...SA, având ca obiect Modernizare LEA it și branșamente Malu cu Flori, volumul 2 și o valoare de 1.033.000,05 lei;

3. Contractul nr. R 2379/21.07.2016, încheiat între SC ..... SA și ..... SA, având ca obiect Modernizare LEA it și consumatori Produlești, jud. Dâmbovița și o valoare de 563.255 lei, răspuns considerat neconcludent de entitatea contractantă.

Față de cele mai sus precizate, entitatea contractantă menționează că a respins oferta ca inacceptabilă, deoarece, trebuie reținut că obiectul contractului de achiziție îl constituie înlocuirea firidelor principale de branșamente, montare de FDCP-uri, realizarea de coloane noi colective și individuale, realizarea aplicațiilor software pentru firidele de distribuție și contorizare FDCP-uri, corelate cu sistemele de telegestiune existente în cadrul SDEE Târgoviște, lucrări de extinderea bazelor de date, corespunzător numărului de abonați (contoare) preluați în sistemele implementate proprii SDEE Târgoviște, experiența similară prezentată nu este relevantă în raport cu obiectul contractului, iar pentru experiența similară prezentată de contestator nu a fost precizat în ce au constat lucrările prezentate ca experiența similară.

Referitor la afirmațiile contestatorului potrivit cărora contractele respective au fost încheiate chiar cu entitatea contractantă, aceasta arată că toate cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică și invocă modelul de Fișă de date - versiunea decembrie 2016 din Notificarea nr. 256/08.12.2016, pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Experiența similară, publicată pe site-ul A.N.A.P.

În opinia entității contractante modul în care trebuie demonstrată experiența similară în cadrul procedurilor de atribuire a unor contracte de lucrări nu poate fi determinat prin raportare la codul CPV, ci prin raportare la cerința concretă și explicația aferentă experienței similare, astfel cum au fost acestea formulate în cadrul documentației de atribuire de autoritatea contractantă.

Trimiterea la codul CPV ales de entitatea contractantă, respectiv 45315600-4 - Instalații de joasă tensiune, nu are obiect având în vedere cele expuse mai sus, în condițiile în care în Memoriul tehnic postat în SEAP, care face parte integrantă din documentația de atribuire erau expuse foarte clar lucrările care fac obiectul contractului. De altfel, arată entitatea contractantă chiar contestatorul a încărcat în SEAP acest

Memoriu tehnic, însușit prin ștampilă și semnătură, ceea ce demonstrează că avea cunoștință de cerințele ei, și, mai mult putea să solicite clarificări.

Entitatea contractantă susține că nu putea considera îndeplinită cerința referitoare la experiența similară nici de către contestator, nici de către asociatul acesteia, ținând cont de faptul că experiența similară prezentată consta în lucrări de modernizare linii de joasă tensiune, realizarea de posturi de transformare, iar experiența similară prezentată de asociat consta în execuție și furnizare FDCP-uri, lucrări care nu fac obiectul contractului supus procedurii de atribuire.

Întrucât prin adresa nr. 738/15.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 48789/15.11....., contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 48946/.....-...../16.11....., Consiliul îi comunică acestuia termenul limită de studiere a dosarului cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise.

Ulterior, prin adresa nr. 745/20.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 49307/20.11....., contestatorul depune concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei. Cu titlu preliminar, contestatorul precizează că entitatea contractanta nu și-a îndeplinit obligația prevăzută de alin. (1), art. 18 din Legea nr. 101/2016, respectiv aceea de a „transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației", acesta fiind vizualizat abia în data de 17.11....., odată cu studierea dosarului achiziției.

Cu privire la calitatea SC ... SRL, contestatorul consideră că alegațiile entității contractante din cuprinsul punctului sau de vedere conduc la concluzia ca aceasta recunoaște în fapt calitatea de asociat a SC ...SRL, confirmând că a ținut cont de faptul ca acesta are calitatea de asociat.

Cu privire la justificarea pe care încearcă în continuare entitatea contractantă s-o prezinte pentru respingerea ofertei depuse care, în opinia sa ar fi inacceptabilă, deoarece experiența similară prezentată nu ar fi relevantă în raport cu obiectul contractului, contestatorul învederează următoarele:

- pentru două dintre contractele prezentate în vederea îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, beneficiar este însăși entitatea contractantă, omițând aparent faptul că SC ...SA a menționat și dovedit, invocând jurisprudența relevantă în acest sens în cuprinsul contestației că, în situația în care comisia de evaluare avea în continuare nelămuriri, avea obligația de a solicita clarificări, raportat la prevederile art. 133 alin. (1) lit. b) din HG nr. 394 / 2016, potrivit cărora comisia de evaluare are următoare atribuții: *„b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați*";
- orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe

elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, entitatea contractantă trebuie să stabilească cu exactitate daca oferta respecta întocmai cerințele de atribuire;
- cerința din cuprinsul fișei de date a achiziției a fost aceea de a se prezenta experiența similară, iar nu una identică, iar entitatea contractantă are obligația de a evalua ofertele pe baza cerințelor din cuprinsul documentației de atribuire, iar nu pe alte cerințe, suplimentare acesteia.
Raportat la prevederile art. 3 alin. (1), lit. s), art. 164, art. 191 alin. (1) și (2) si 192 lit. a) din Legea nr. 99/2016, la cele ale art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2014 și cele ale alin. (1) și (3) ale art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/....., coroborat cu cerința referitoare la experiența similară descrisă în cuprinsul fișei de date a achiziției, potrivit căreia „Operatorilor economici li se impune/ solicita să demonstreze că au executat/ realizat lucrări electrice în ultimii 5 ani din care să rezulte faptul că operatorul economic a executat lucrări de natura și complexitate similară/ comparabilă cu lucrările care fac obiectul contractului pentru valoarea minimă de 2.522.090,69 lei, fără TVA la nivelul cumulat de maxim 3 contracte”, contestatorul consideră că s-a demonstrat cu prisosință îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, aceasta fiind mai mult decât relevantă raportat la obiectul contractului, în contradicție cu alegațiile entității contractante, care se presupune că a solicitat îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară în lumina prevederilor art. 191 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99 / 2016, respectiv cu scopul de a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesară pentru a executa contractul sectorial / acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător, iar nu pentru a identifica motive artificiale de respingere a ofertelor, raportate la alte cerințe decât cele descrise in cuprinsul fisei de date a achiziției aferente procedurii.

De asemenea, contestatorul menționează că a răspuns solicitărilor de clarificări raportat la modalitatea de formulare a acestora, prezentând detalii referitoare la beneficiari, obiect și valoarea respectivelor contracte. În acest context alegația entității contractante, potrivit căreia răspunsul nu ar fi fost concludent, apare ca fiind neîntemeiată, cu atât mai mult cu cât cele două contracte invocate în vederea susținerii experienței similare al căror beneficiar este însăși entitatea contractantă au fost atribuite în urma derulării a două proceduri de achiziție publică având cod CPV identic cu cel al prezentei proceduri, respectiv 45315600-4 - Instalații de joasă tensiune (Rev.2).

În egală măsura, contestatorul arată că și cel de-al treilea contract invocat în vederea susținerii experienței similare solicitate, respectiv contractul nr. 243 / 19.09.2016, încheiat între asociatul SC ..... SRL și SC .... SRL, având ca obiect execuția și furnizarea de FDCP-uri și o

valoare de 1.980.602,20 lei, se încadrează în experiența similară solicitată, respectiv lucrări electrice de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările care fac obiectul contractului, încadrate în codul CPV 45315600-4 - Instalații de joasă tensiune (Rev.2). Inclusiv Notificarea nr. 256/08.12.2016, care aduce la cunoștință entității contractante, a fost înlocuită de Notificarea nr. 258 / 18.05..... face referire la „complexitate comparabilă" și la „raportare la domeniul activității care caracterizează obiectul principal al contractului".

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....", coduri CPV 45315600-4. Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP în anexa anunțului de participare simplificat nr. ...../..... Valoarea contractului de achiziție publică este de 2.522.090,69,00 lei, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut".

Având în vedere criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă deoarece nu ar fi demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară solicitată prin documentația de atribuire, Consiliul va reține că, la secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare: *„Cerința 1. Operatorilor economici li se impune/ solicită să demonstreze că au executat/realizat lucrări electrice în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor stabilită inițial prin invitația de participare publicată în SEAP, chiar dacă ulterior inițierii procedurii autoritatea contractantă va decala această dată) din care să rezulte faptul că operatorul economic a executat lucrări de natură și complexitate similară/comparabilă cu lucrările care fac obiectul contractului pentru valoarea minimă de 2.522.090,69 lei, fără TVA la nivelul cumulat de maxim 3 contracte. Lucrările similare se confirmă prin prezentarea unor certificări de bună execuție din partea beneficiarilor, care să indice beneficiarii, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor luate în considerare la încadrarea în pragul valoric minim impus. Se vor avea în vedere doar acele lucrări care prezintă relevanță pentru executarea viitorului contract și nu lucrări conexe obiectului principal al contractului. Pentru calculul echivalenței se va aplica cursul mediu anual lei/ valută comunicat de BNR pentru fiecare an în parte"*, modalitatea de dovedire aferentă fiind *„completare și prezentare DUAE cu informații aferente situației în care se află operatorul economic. Entitatea contractantă va solicita operatorului economic clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, prezentarea documentelor justificative care probează îndeplinirea celor*

asumate prin completarea DUAE, privind lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani".

Ca un prim aspect, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului, potrivit cărora entitatea contractantă nu ar fi luat în considerare acordul de asociere între SC ..... SA și SC ..... SRL depus în cadrul ofertei deoarece, din cuprinsul procesului verbal al ședinței de analiză a DUAE și a ofertelor tehnice nr. 13038/16.10..... rezultă că în analiza documentelor de calificare, entitatea contractantă a ținut cont de faptul că SC ..... SRL are atât calitate de asociat, cât și de terț susținător.

Din verificarea dosarului achiziției, transmis de entitatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul va reține că asocierea SC ..... SA - SC ..... SRL a depus în oferta sa inițială pentru cei doi asociați următoarele declarații DUAE:

- pentru SC ..... SA - declarația DUAE aflată la paginile 566 – 581 din dosarul achiziției, în care nu a invocat niciun contract privind experiența similară;

- pentru asociatul SC ..... SRL – declarația DUAE aflată la paginile 544 – 565 din dosarul achiziției, în care a fost indicat, la secțiunea „C Capacitatea tehnică și profesională" din partea IV Criteriile de selecție, contractul următor:

„Descriere: „Contract ... SRL nr. 243/19.09.2016"
Valoare: 1.980.602,20 RON
Data de începere: 21.09.2019
Data de încheiere: 16.12.2016
Beneficiari: ...".

Pe parcursul analizării și evaluării ofertelor, entitatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului prin adresa nr. T4747/03.10..... (pag. 221 din dosarul achiziției), astfel:

„Referitor la îndeplinirea cerințelor din DUAE,

1.1 În conformitate cu cerințele din fișa de date a achiziției vă rugăm să prezentați experiența similară pe care o aveți în executarea de lucrări de natură și complexitate similară cu lucrările care fac obiectul contractului, pentru o valoare minimă de 2.522.090,69 lei, fără TVA, pentru o valoare cumulată a lucrărilor executate la nivelul a maxim 3 contracte realizate în ultimii 5 ani. Precizăm că susținerea pentru experiența similară prezentată de SC ..... SRL este pentru o valoare de 1.980.602,20 lei fără a se preciza în mod explicit în ce au constat lucrările prezentate ca experiență similară, iar documentul DUAE prezentat de societatea dumneavoastră nu conține nicio precizare referitoare la experiența proprie similară.

Vă rugăm clarificați".

Conform documentelor transmise de entitatea contractantă la dosarul cauzei, asocierea SC ..... SA - SC ..... SRL a răspuns entității contractante prin adresa nr. 651/06.10....., înregistrată la

entitatea contractantă sub nr. 4870/06.10..... (pag. 224 – 225 din dosarul achiziției), astfel:

„Conform solicitării de clarificări primită vă prezentăm ca experiență similară următoarele lucrări:

1. *Contract nr. 243/19.09.2016: SC ..... SRL- SC ... SRL în valoare de 1.980.602,20 lei constând în execuția și furnizarea de FDCP-uri.*
2. *Contracte SC ..... SA încheiate și finalizate cu SDEE Muntenia Nord SA:*
   - *Modernizare LEA Jt și branșamente Malu cu Flori vol. II, contract nr. 396/07.02..... în valoare de 1.033.000,05 lei;*
   - *Modernizare LEA Jt și branșamente Produlești, contract nr. 2379/21.07.2016 în valoare de 563.255 lei*".

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că entitatea contractantă a reținut în mod corect față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 140 alin. (4) teza a doua din HG nr. 394/2016, potrivit cărora „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă" deoarece acesta nu demonstrat entității contractante prin clarificarea nr. 4870/06.10..... faptul că obiectul contractului invocat ca experiență similară de către asociatul SC ..... SRL (respectiv „execuția și furnizarea de FDCP-uri") ar fi similar lucrărilor ce urmează a fi executate în cadrul contractului ce face obiectul prezentei, conform descrierii de la pag. 9-10 din caietul de sarcini (pag. 526-527 din dosarul achiziției):

„1. Înlocuirea firidelor principale de branșament (...)

2. Montarea de FDCP-uri la parter pe casa scării în funcție de numărul de abonați aferenți acesteia, 65 bucăți (15 tipuri de FDCP) (...)

3. Realizarea coloanelor colective intre firida principala tip E m_n și FDCP_n (...);

4. Realizarea de coloane noi de abonați între noile FDCP-uri și tablourile de abonați (TA) din apartamente (...);

5. Legarea nulului auxiliar pentru funcționarea dispozitivului de protecție la supratensiune și întreruperea nulului, la o priză de pământ auxiliară furnizată de către producătorul de FDCP_n, împreună cu acesta;

6. Realizarea aplicațiilor software pentru firidele de distribuție și contorizare FDCP_n , corelate cu sistemele de telegestiune existente în cadrul SDEE Târgoviște;

7. Realizarea de instalații noi de legare la pământ cu Rd ≤ 4 Ω la FD nou prevăzute la fiecare scară de bloc;

8. Demontarea coloanelor existente

9. Demontarea firidelor de palier existente;

10. Refacerea spațiilor afectate:

- umplerea golurilor create după demontarea echipamentelor ;

- refaceri tencuieli zugrăveli;

- astupări și etanșări găuri planșee;

- refacere trotuare afectate de execuția prizelor de pământ, etc.

11.Lucrari de extinderea bazelor de date, corespunzător numărului de abonați (contoare) preluați în sistemele implementate proprii SDEE Târgoviște".

În speță, din adresa de clarificare nr. 651/06.10..... transmisă entității contractante de către SC ..... SA nu rezultă că ar fi executat pentru beneficiarul SC ... SRL lucrări de instalații electrice de tipul celor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire ci doar că ar fi produs pentru beneficiarul SC ... SRL firide FDCP pe care i le-a furnizat acestuia.

Mai mult, referitor la contractele „Modernizare LEA Jt și branșamente Malu cu Flori vol. II" și „Modernizare LEA Jt și branșamente Produlești", care nu au fost prevăzute în DUAE depus în oferta inițială ci au fost invocate pentru prima dată de către contestator în adresa nr. 651/ 06.10..... de răspuns la solicitarea de clarificare, Consiliul va reține următoarele:

Potrivit art. 3 lit. u) din Legea nr. 99/2016, DUAE reprezintă *„DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție"*.

http://anap.gov.ro/web/ wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdfLegiuitorul român în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09..... (postată pe site-ul oficial http://anap.gov.ro/web/ wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf) a detaliat diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 221 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate, astfel:

„În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații: a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări; b) inadvertențe de fond, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE atașat ofertei/candidaturii

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE.

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

(...)

b) ***Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE***

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției”.

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care ***nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție*** *formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției*”.

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că „*DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice*.”

Relevante în soluționarea acestei critici care se regăsește în cele 4 contestații sunt și prevederile art. 202 din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia *„(1) Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de entitatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi".

Relevante sunt și dispozițiile art. 72 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V secțiunea a 7-a din Lege*''.

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016, *„Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament*".

Verificând formularul standard prevăzut în anexa 2 la Regulament, Consiliul constată că, pentru completarea părții IV Criterii de selecție – secțiunea C: Capacitatea tehnică și profesională din DUAE, legiuitorul comunitar a stabilit în funcție criteriul de calificare ales de autoritatea contractantă următoarele reguli:

- fie prin aplicarea unei simple bife de tipul DA/NU (cum este cazul criteriului de la nr. 5 *„(...) operatorul economic va permite efectuarea de verificări ale capacităților de producție sau ale capacității tehnice a operatorului economic și, dacă este necesar, ale mijloacelor de studiu și de cercetare de care dispune și ale măsurilor de control al calității? []DA []NU*"),

- fie prin completarea unui răspuns/text/detaliere/listă (cum este cazul punctului 9 *„Va dispune de următoarele utilaje, instalații sau echipamente pentru executarea contractului: […….]*")

- fie obligativitatea formulării unui răspuns elaborat conform unui șablon standard/prestabilit, cum este cazul punctului 1) privind experiența similară, în care operatorii economici trebuie să completeze perioada de referință și să enumere toți beneficiarii (astfel cum se precizează în explicația 40 din subsolul Anexei 2).

Astfel cum s-a reținut anterior, operatorul economic SC ..... SA nu a completat la secțiunea aferentă capacității tehnice și profesionale din DUAE nicio informație, limitându-se la completarea generică cu răspunsul „DA" a secțiunii „indicație globală pentru toate criteriile de selecție – în ceea ce privește criteriile de selecție, operatorul economic declară că îndeplinește criteriile de selecție impuse?", în condițiile în care

autoritatea contractantă a ales să nu se limiteze doar la solicitarea unui singur răspuns (de forma, da sau nu, operatorii economici îndeplinesc toate criteriile de selecție impuse) cu privire la criteriile de calificare și selecție impuse astfel cum avea dreptul potrivit punctului 10 din Anexa 1 la Regulament, ci a solicitat operatorilor economici interesați să furnizeze informații concrete referitor la modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare.

În acest context, Consiliul va reține că, verificând pe site-ul https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=ro modelul de formular DUAE publicat de entitatea contractantă în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul *„[RFQ0100442/002] espd-request.xml.p7s*", se constată că, referitor la experiența similară, ar fi trebuit completate de către ofertanți următoarele informații:

- Descriere [……].;
- Valoare [……].;
- Data de începere și data de încheiere [……].;
- Beneficiari [……].;
- Aceste informații sunt disponibile gratuit pentru autorități, dintr-o bază de date națională a unui stat membru UE? DA/NU.

Față de aceste aspecte Consiliul constată că omisiunea contestatorului de a furniza informațiile referitoare la experiența sa similară, astfel cum se solicită în mod expres și imperativ în cadrul anexei 2 din Regulamentul nr. 7/2016 Partea IV – Criterii de selecție, secțiunea C – Capacitatea tehnică și profesională nu poate fi încadrată în categoria inadvertențelor de formă ci în cadrul categoriei inadvertențelor de fond astfel cum sunt definite de legiuitor în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică / sectorială, respectiv reprezintă erori/omisiuni ale informațiilor în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, acestea constituind informații care ar fi trebuit completate de către ofertanți și care nu reprezintă simple confirmări cu privire la îndeplinirea unor cerințelor minime de calificare /selecție formulate de către autoritate contractantă în fișa de date a achiziției, astfel cum sunt spre exemplu cerințele din cadrul părții a III Motive de excludere secțiunea C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale. Mai mult, elementele lipsă din cadrul declarației DUAE analizată referitoare la contractele „*Modernizare LEA Jt și branșamente Malu cu Flori vol. II*" și „*Modernizare LEA Jt și branșamente Produlești*" nu au fost susținute de nicio altă informație/precizare existente la nivelul acestor declarații.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte completarea experienței similare declarată în DUAE cu cele două contracte „*Modernizare LEA Jt și branșamente Malu cu Flori vol. II*" și „*Modernizare LEA Jt și branșamente Produlești*" care nu au fost cuprinse în DUAE, având în vedere că, prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr.

99/2016 interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte care nu îndeplinește cerințele minime de calificare din prevăzute în fișa de date (sancționată de legiuitor cu respingerea ca inacceptabilă), într-una conformă.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al necompletării/completării defectuoase a declarației DUAE potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care entitatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de completare a DUAE referitor la experiența similară.

Mai mult, în cazul în care cerința privind experiența similară din fișa de date a achiziției era considerată ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulată sau abuzivă, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectivele prevederi, potrivit prevederilor legale. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru contestator, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Raportat la prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, conform cărora „*Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției*" și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SA în contradictoriu cu ..... SA.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SA, în contradictoriu cu ..... SA.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 18 (optsprezece) pagini.