



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr.501/01.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CIF RO..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, emisă de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată a contractului de servicii având ca obiect: „...”, cod CPV 71322000-1 – Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

„1. Anularea solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, dat fiind cele enumerate, prin încălcarea legislației în materie de achiziție publică și considerată abuzivă;

2. Anularea răspunsului la notificarea prealabilă nr.985/24.02.2017;

3. Suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a prezentei contestații, întrucât acesta poate produce efecte juridice ofertei noastre în etapa imediat următoare;

4. Reluarea evaluării ofertelor din stadiul anterior solicitării de clarificări-considerat.”

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, SC ... SRL critică solicitarea de clarificări nr.845/20.02.2017, emisă de către ... în cadrul procedurii de atribuire simplificată a contractului de servicii având ca obiect: „...”, cod CPV 71322000-1 – Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), solicitând următoarele:

„1. Anularea solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, dat fiind cele enumerate, prin încălcarea legislației în materie de achiziție publică și considerată abuzivă;

2. Anularea răspunsului la notificarea prealabilă nr.985/24.02.2017;

3. Suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a prezentei contestații, întrucât acesta poate produce efecte juridice ofertei noastre în etapa imediat următoare;

4. Reluarea evaluării ofertelor din stadiul anterior solicitării de clarificări-considerat.”

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. arată că a depus ofertă la procedura mai sus relevată, iar la data de 20.02.2017, prin adresa nr.845, i s-au solicitat clarificări, adresă care, opinează contestatorul, evidențiază o necunoaștere, de către comisia de evaluare, a legislației achizițiilor publice, respectiv:

1. Termenul de răspuns trecut în solicitarea de clarificări este de 2 zile, fiind încălcat, astfel, art.134 alin.3 din HG 395/2016, actualizată, care prevede ca răspunsul să fie solicitat în minimum 3 zile.

2. Solicitarea nr.1 încalcă prevederile art.134 alin.2 din HG 395/2016 cu privire la neîncadrarea în art.60, mai mult decât atât, nu ține cont de cerința din fișa de date III.2.1.a), cerință care precizează că modalitatea de îndeplinire a cerinței este completarea DUAЕ, context în care solicitarea de clarificări creează un avantaj unor ofertanți și dezavantaj pentru societatea sa, cu scopul inducerii în eroare și a constatării neconformității ofertei artificial, printr-un eventual răspuns eronat din partea sa.

3. La solicitarea nr.2 comisia de evaluare apreciază (sau presupune), fără a vizualiza copiile de pe contracte, că lucrările prezentate nu sunt servicii similare. Mai mult decât atât, opinează contestatorul, comisia de evaluare ar trebui să aibă cunoștință de prevederile Legii 10/1995, actualizată, conform căreia orice contract de servicii de proiectare este însoțit obligatoriu și de asistență tehnică. Totodată, comisia de evaluare ar trebui să citească, în opinia S.C. ... S.R.L., măcar prevederile art.5 alin.3 din Instrucțiunea nr.2/2016 emisă de ANAP în vigoare din 11.04.2016 și publicată pe site-ul anap.gov.ro cu privire la faptul că este interzis a se solicita ca experiență similară parte de contract.

Precizează contestatorul că, chiar dacă a oferit un răspuns la această solicitare de clarificări pentru ca oferta sa să nu fie respinsă, roagă să nu fie considerată contestația ca rămasă fără obiect, întrucât

termenul oferit a fost scurt (sub cel prevăzut de art.134 alin.3), iar răspunsul oferit poate să nu fie concludent tocmai din această cauză, urmând a produce efecte în evaluarea ofertelor.

În probațiune, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.1329/07.03.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.... a solicitat respingerea contestației ca neîntemeiată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii, precizând, față de contestația de față, că a transmis contestatorului solicitarea de clarificări în data de 20.02.2017, în care au fost invocate art.209 alin.1 din Legea nr.98/2016 și art.134 alin.1 din HG nr.395/2016, termenul limită pentru transmiterea răspunsului fiind 22.02.2017.

Apreciază autoritatea contractantă că respectarea prevederilor legale privind termenul de răspuns la solicitarea de clarificare reprezintă o obligație pentru operatorul economic, conform dispozițiilor art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

Cu privire la stabilirea perioadei pentru trimiterea răspunsului la solicitarea de clarificări nr.845/20.02.2017, autoritatea contractantă menționează că aceasta a fost stabilită în sensul art.134 alin.3 din H.G. nr.395/2016, în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale necesare pentru evaluarea ofertei.

În ceea ce privește conținutul clarificării în cauză, precizează autoritatea contractantă că s-au avut în vedere cerințele documentației de atribuire și cerințele minime și obligatorii pe care ofertantul trebuia să le includă în documentul DUAE, fiind necesar și nu suplimentar, clarificarea modalității de îndeplinire a cerințelor în cauză.

Solicitarea de clarificare, după cum se susține, presupunea un răspuns clar din partea operatorului economic cu privire la modalitatea de îndeplinire a unor cerințe din documentația de atribuire (Informații referitoare cu privire la similitudinea categoriilor de servicii prestate cu cele propuse a fi prestate în cadrul procedurii de achiziție) cerințele minime și obligatorii ale FDA. Se putea lua în considerare o prelungire a termenului de răspuns la solicitarea de clarificări, arată autoritatea contractantă, în situația în care această prelungire era justificată și era solicitată de ofertant în interiorul termenului de răspuns.

Redând conținutul solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, ... arată că cererea de anulare a acesteia este neîntemeiată, fiind incidente dispozițiile art.132 și art.134 din H.G. nr.395/2016.

Apreciază autoritatea contractantă că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări în interiorul termenului stabilit de autoritatea contractantă, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al prezentării unui răspuns neconcludent în termenul stabilit, potrivit principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul solicitării de clarificări, care sunt cerințele pe care operatorul economic

participant trebuie să le clarifice și termenul în care trebuie să își elaboreze răspunsul, respectiv 22.02.2017.

... arată că a solicitat clarificări asupra documentului DUAЕ depus de contestator, tocmai pentru a lămuri serviciile similare, și nicidecum cu scopul de a respinge oferta, ci doar de a clarifica elementele acesteia în concordanță cu legislația în vigoare și cu cerințele documentației de atribuire.

În cadrul adresei, după cum se susține, s-a precizat în mod expres sancțiunea care urmează a se aplica în cazul în care ofertantul nu transmite informațiile solicitate, respectiv respingerea ofertei ca inacceptabilă, de unde rezultă că acesta din urmă a cunoscut și acceptat posibilitatea producerii acestui rezultat.

Prin urmare, apreciază autoritatea contractantă că nu pot fi reținute alegațiile contestatorului referitoare la solicitarea de clarificări, în condițiile în care acesta a înțeles să răspundă, respectiv să-și exprime punctul de vedere în termenul expres solicitat de autoritatea contractantă.

În acord cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, se precizează că evaluarea ofertei contestatorului s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și cu respectarea tratamentului egal consacrat de prevederile art.2 alin.2 lit. b) din Legea nr.98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză.

Cu referire la precizarea contestatorului *„comisia de evaluare ar trebui să citească măcar prevederile art.5 alin.3 din Instrucțiunea nr.2/2016 emisă de ANAP în vigoare din 11.04.2016 și publicată pe site-ul anap.gov.ro cu privire la faptul că este interzis a solicita experiență similară parte de contract”*, subliniază faptul că această Instrucțiune nr.2 din 31 martie 2016 este emisă în aplicarea prevederilor art.188 alin.1 lit.a), alin.2 lit.a) și alin.3 lit.a) din O.U.G. nr.34/2006, ordonanță abrogată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.98/2016 și ale H.G. nr.395/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată a contractului de servicii având ca obiect „...”, sens în care a publicat în SEAP anunțul simplificat nr.,.,.,.

Valoarea estimate a contractului este de 75.100 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Cele 10 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, au fost vizualizate în SEAP la data de 20.02.2017, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.848.

Împotriva solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării, S.C. ... S.R.L. a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

S.C. ... S.R.L. critică solicitarea de clarificări nr.845/20.02.2017, ce i-a fost transmisă de autoritatea contractantă ulterior vizualizării ofertelor din SEAP, susținând că este nelegală din mai multe considerente.

Primul considerent de nelegalitate constă în încălcarea, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor art.134 alin.3 din H.G. nr.395/2016, în sensul în care termenul de răspuns acordat a fost de numai 2 zile.

Din analiza actului ataca, Consiliul constată că solicitarea de clarificări în discuție a fost emisă în data de 20.02.2017, iar termenul de răspuns prin intermediul SEAP a fost stabilit până la data de 22.02.2017. Astfel, s-a acordat un termen de răspuns de 2 zile, așa cum susține contestatorul.

Temeiul legal al solicitării de clarificări, după cum rezultă din conținutul solicitării de clarificări, este reprezentat de art.209 din Legea nr.98/2016 coroborat cu art.134 din H.G. nr.395/2016, acest ultim articol stabilind la alin.3, în referire la termenul acordat pentru transmiterea răspunsului la clarificări, următoarele:

„Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum 3 zile lucrătoare.”

Față de textul legal susenunțat, Consiliul determină că stabilirea unui termen de răspuns de 2 zile nu este nelegală deoarece acesta se stabilește de comisia de evaluare funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. De asemenea, termenul acordat este, *de regulă*, de minimum 3 zile lucrătoare.

Așadar, textul legal permite autorității contractante să facă o apreciere asupra termenului necesar formulării răspunsului, iar nu o obligă să acorde un termen de răspuns de minimum 3 zile lucrătoare, așa cum lasă contestatorul să se înțeleagă.

În ceea ce privește suficiența termenului de 2 zile acordat pentru formularea răspunsului, Consiliul constată că, prin solicitarea de clarificări în discuție, autoritatea contractantă a cerut contestatorului următoarele:

- unde se regăsește în cadrul ofertei postată în SEAP documentul „Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art.59 și art.60 din Legea nr.98/2016;

- față de cele două contracte indicate în DUAE, să clarifice cum face dovada îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența

similară, având în vedere că printre serviciile prestate nu s-ar regăsi servicii de asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor.

Apreciază Consiliul că volumul și complexitatea clarificărilor este una redusă, termenul de 2 zile acordat fiind unul mai mult decât suficient pentru formularea răspunsului și postarea lui în SEAP.

Relevante în soluționare se rețin a fi și dispozițiile art.196 alin.1 din Legea nr.98/2016, conform căruia *„Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.”*

Prin urmare, motivul de nelegalitate analizat este unul nefondat.

Cel de al doilea motiv de nelegalitate a solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, constă în faptul că solicitarea de la pct.1 încalcă prevederile art.134 alin.2 din H.G. nr.395/2016 și nu ține seama de cerința de la cap.III.2.1.a) din fișa de date.

Reține Consiliul că la pct.1 din cadrul solicitării de clarificări, se regăsesc următoarele:

„1.În ceea ce privește Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art.59 și art.60 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, în oferta depusă în SEAP nu se regăsește acest document. Vă solicităm să ne indicați unde în oferta depusă în SEAP se regăsește acest document.”

Față de dispozițiile art.132 alin.1 și 2 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

„(1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap.IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE.

(2) Comisia de evaluare are obligația solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.”,

Consiliul constată că, așa cum corect susține contestatorul, comisia de evaluare are obligația, dat fiind stadiul procedurii, să verifice îndeplinirea criteriilor de calificare prin analizarea conținutului DUAE, documentele doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare urmând a fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc.

De altfel, autoritatea contractantă însăși a prevăzut ca modalitate de dovadă a îndeplinirii fiecăruia dintre criteriile de calificare prevăzute în fișa de date, completarea DUAE, precizând chiar că documentele justificative vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc.

Prin urmare, solicitarea susenunțată încalcă prevederile legale susenunțate și documentația de atribuire, motivul de nelegalitate fiind întemeiat.

Următorul și ultimul motiv de nelegalitate a solicitării de clarificări nr.845/20.02.2017, constă în faptul că la solicitarea nr.2 comisia de evaluare apreciază fără a vizualiza copiile de pe contracte, că lucrările prezentate nu sunt servicii similare.

Verificând actul atacat prin prisma acestui motiv, Consilul constată că, într-adevăr, față de contractele evidențiate de contestator în DUAЕ, comisia de evaluare a apreciat *„că serviciile prestate în cadrul acestor contracte nu sunt similare celor solicitate de autoritatea contractantă prin fișa de date, respectiv nu se regăsesc servicii de asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor, așa cum s-a cerut prin fișa de date a achiziției.”*

Această apreciere a comisiei de evaluare consideră Consiliul că depășește cadrul unei solicitări de clarificări prin care se solicită, conform art.209 alin.1 din Legea nr.98/2016, clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate, or, conform art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016, clarificări/completări formale sau de confirmare, scopul acestora fiind în mod evident acela al înlăturării unei situații de incertitudine cu privire la îndeplinirea unui criteriu/cerințe.

Aprecierea comisiei de evaluare apare și ca prematură în condițiile în care informațiile din DUAЕ nu sunt suficiente pentru a se concluziona fără echivoc cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea, de către contestator, a criteriului de calificare privind experiența similară, impunându-se cu necesitate prezentarea de către acesta a contractelor indicate în DUAЕ.

Temeiul legal al acestui demers este constituit de prevederile art.196 alin.1 din Legea nr.98/2016, al cărui conținut a fost redat mai sus.

Astfel fiind, se reține ca întemeiat și acest motiv de nelegalitate a solicitării de clarificări în discuție, autoritatea contractantă acționând cu nesocotirea prevederilor din materia achizițiilor publice.

Faptul că S.C. ...S.R.L. a înțeles să formuleze un răspuns la solicitarea de clarificări criticată prin prezenta contestație, nu prezintă un argument care să împiedice analiza de legalitate a actului atacat, atâta vreme cât contestația de față este una formulată în termenul legal.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula solicitarea de clarificări nr.845/20.02.2017.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea pe fond a prezentei contestații, Consiliul nu a procedat la analiza ei, deoarece contestatorul nu a prezentat vreun argument în susținere.

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

Pentru cele constatate,

în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., anulează solicitarea de clarificări nr.845/20.02.2017 și actele subsecvente acesteia.

Obligatorie.

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

Președinte complet,

...

Membru,

...

Membru,

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.