



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1748/C1/1842

Data: 28.09.2020

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 36803/31.08.2020, formulată de SC SRL cu sediul în, str., jud., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO....., formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. A2668/25.08.2020, emisă de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate online, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect: „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii de atribuire, respectiv a raportului procedurii nr. A2668 din 25.08.2020, precum și a tuturor actelor care au stat la baza întocmirii Raportului, și a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând, dar fără a se limita la comunicările autorității contractante nr. FE 512/26-08.2020 și FE 513/26.08.2020, acte netemeinice și nelegale în ceea ce privește evaluarea și admisibilitatea ofertei clasate pe locul 1;
- remedierea încălcării legislației achiziției publice constând în aprecierea de către comisia de evaluare, în mod netemeinic și nelegal, a caracterului admisibil (acceptabil și conform) al ofertei clasate pe locul 1 și reevaluarea în condiții de legalitate/excludere a ofertei depusă de Asocieria
- constatarea faptului că oferta depusă de SC SRL este câștigătoare;
- obligarea autorității contractante, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

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

În fapt, contestatorul precizează că prin Raportului procedurii nr. A 2668 din 25.08.2020, autoritatea contractantă i-a comunicat că, în urma analizei ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, oferta sa a fost declarată necâștigătoare, situându-se pe locul doi, oferta asocierii fiind declarată câștigătoare.

Ca și precizare prealabilă, contestatorul menționează că nu a avut acces neîngrădit la totalitatea documentației aferente procedurii de atribuire.

Contestatorul precizează că asocierea declarată câștigătoare nu îndeplinește condițiile de capacitate tehnică și profesională impuse de autoritatea contractantă.

În conformitate cu prevederile art. 172 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a specificat în fișa de date a achiziției, la capitolul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, următoarele criterii de capacitate tehnică și profesională: „Executarea de lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 13.200.000 lei, exclusiv TVA valoare ce putea fi demonstrat prin însumarea valorilor lucrărilor executate la nivelul unui contract sau maxim 3 contracte”.

În dovedirea îndeplinirii cerinței de mai sus, asocierea declarată câștigătoare a depus mai multe documente privind lucrări efectuate de, membru al asocierii, după cum urmează:

- în formularul DUAЕ a indicat contractul de lucrări nr. 44937/24.11.2014 încheiat între Primăria Năvodari și Asociera
-, Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 21375/24.11.2019 și a menționat valoarea de 23,813.305,69 lei.

Contestatorul arată că:

- în etapa de verificare a documentelor suport DUAЕ asocierea declarată câștigătoare a transmis contractul de lucrări nr. 44937/24.11.2014 încheiat între Primăria și Asociera dintre și având ca obiect „.....”, prețul total convenit pentru îndeplinirea contractului fiind de 37.785.718 lei fără TVA. Acordul de asociere indică o cotă de participare de 50 % pentru și o cotă de participare de 50 % pentru; în Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 21375/24.11.2019 nu se specifică valoarea lucrărilor executate;

- prin adresa nr A2609/18.08.2020 comisia de evaluare solicită clarificarea experienței similare după cum urmează: „Se vor prezenta documente doveditoare din care să rezulte valoarea lucrărilor executate (acte adiționale pentru demonstrarea valorii declarate în DUAЕ, deviz general devize pe obiecte, proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor completat conform HG nr. 273/1994 din care să rezulte valoarea lucrărilor executate, etc.) și nu valoarea totală a investiției (care poate să cuprindă valori ale studiilor, taxelor, proiectare, asistență

tehnică etc.) Documentele justificative vor reflecta valoarea lucrărilor executate atât de cât și a asociaților și subcontractanților;
- asocierea declarată câștigătoare comunică: adresa nr. 27093/25.06.2020 emisă de Primăria și Acord contractual încheiat între și; prin adresa nr. 27093/25.06.2020 Primăria Năvodari menționează următoarele: „Referitor la valoare finală contract de execuție nr. 44937/24.11.2014 „Îmbunătățirea accesului între E60 și Platforma Industrială Năvodari prin modernizarea căii rutiere. Având în vedere adresa dvs. nr. 27033/ 25.06.2020 vă comunicăm că, în conformitate cu înregistrările noastre contabile, valoarea investiției este de 28.337.833,78 lei inclusiv TVA”

Contestatorul precizează că din analiza Contractului de lucrări nr. 44937/24.11.2014, a acordului de asociere dintre și precum și din adresa nr. 27093/25.06.2020 emisă de Primăria Năvodari reies următoarele informații: prețul contractului este de 37.785.718 lei fără TVA, valoarea lucrărilor executate în cadrul contractului este de 28.337.833,78 lei inclusiv TVA. Întrucât suma de 28.337.833,78 lei include TVA și potrivit fișei de date a achiziției experiența prealabilă se raportează la valoarea fără TVA, rezultă că doar suma fără TVA prezintă interes. Suma de 28.337.533,78 lei din care se scade TVA devine 23.813.305,69 lei. Din aceasta sumă de 23.813.305,69 lei se obține cota de contribuție de 50 % deținută de și rezultă suma de 11.906.625,85 lei.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul consideră că experiența prealabilă ce poate fi atribuita este în cuantum de 11.906.625,85 lei, sub plafonul minim de 13.200.000,00 lei fără TVA, solicitat de către autoritatea contractantă.

Cu toate acestea, apreciază că în mod greșit, comisia de evaluare comite o eroare de analiză atunci când consideră că prin adresa nr. 27093/ 25.06,2020 beneficiarul Primăria confirmă valoarea lucrărilor executate de către, după cum susține la pagina 6-7 din Raportul procedurii: „Ofertantul a transmis răspunsul la clarificări, acesta fiind înregistrat sub nr. A2647/24.08.2020. Au fost transmise următoarele documente: „(...) adresa nr. 27093/25.06.2020 emisă de către Primăria Orașului privind valoarea lucrărilor executate de către în cadrul contractului prezentat ca și experiență similară răstălmăcind înțelesul clar al adresei nr. 27093/ 25.06.2020”.

În ceea ce privește Acordul contractual din 05.05.2015 încheiat între și prin care se diminuează cota de participare a de la 50% la 0,1% și astfel se majorează cota de la 50% la 99,9%, contestatorul apreciază că acesta nu poate fi luat în considerare întrucât excede cadrului achizițiilor publice, fiind semnat de către cei doi asociați la o dată ulterioară semnării contractului de lucrări cu autoritatea contractantă, fără ca aceasta să fie parte la modificare. O schimbare a procentelor de contribuție a asociaților la un contract de achiziție a lucrărilor publice,

reprezintă o modificare unilaterală, fără acordul autorității achizitoare. Eventualul acord al Primăriei Năvodari se putea concretiza într-un act adițional la Contractul de lucrări nr. 44937/ 24.11.2014, Însă, cele patru acte adiționale la Contractul de lucrări nr. 44937/24.11.2014 nu menționează acordul Primăriei cu privire la modificarea acordului de asociere dintre și Din acest motiv, acordul contractual din 05.05.2015 semnat între și nu este opozabil terților, fiind lipsit de efecte juridice. Rezulta astfel că, față de contractul de lucrări nr. 44937/24.11.2014 cota de participare a rămâne de 50% din valoarea de 23.813.305,69 lei, respectiv 11.906.625,85 lei, sub plafonul minim de 13.200 .000 lei fără TVA, solicitat de către autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că din informații publice rezultă că, contractul nr. 44937/24.11.2014 este unul controversat, executarea defectuoasă a lucrărilor de către și a întârziat termenul final de execuție și a periclitând finanțarea cu fonduri europene a Primăriei Năvodari. În susținere, depune atașat HCL nr. 20/2016 și HCL Năvodari nr. 407/2017.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a analiza cu mai multa vigilență eligibilitatea ofertei declarate câștigătoare (în care unul dintre membrii asocierii, cu o contribuție de 10%, asigură întreaga experiență prealabilă a ofertantului, printr-un singur contract, insuficient dovedit).

De asemenea, menționează că procesul verbal de evaluare documente suport DUAЕ/Raportul procedurii nu arată cum s-a stabilit că asocierea declarată câștigătoare îndeplinește cerințele impuse, câta vreme comisia de evaluare face doar o enumerare a documentelor depuse, urmată de constatarea nemotivată că „informațiile preliminare din DUAЕ sunt demonstrate”.

Consideră că prin răspunsul la clarificări, ofertantul nu a oferit informațiile solicitate si/sau informațiile relevante, fiind întrunite condițiile necesare respingerii ofertei sale, conform dispozițiilor art. 209 din Legea 98/2016 coroborate cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, iar prin analiza comisiei de evaluare s-a determinat un avantaj evident în favoarea asocierii declarate câștigătoare.

Totodată, contestatorul precizează că oferta declarată câștigătoare este inacceptabilă întrucât prețul ofertat este neobișnuit de scăzut față de lucrările care constituie obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar autoritatea contractantă deși a rezervat această opțiune prin fișa de date a achiziției, nu a solicitat documentele și clarificările care să justifice în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului, în cazul de față fiind incidente dispozițiile art. 222 din Legea nr. 99/2016, coroborate cu dispozițiile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016

Consideră de asemenea că propunerea tehnică și propunerea financiară nu acoperă cvasi-totalitatea cerințelor din caietul de sarcini și astfel, valoarea declarată câștigătoare este de 9.721.500,00 lei fără TVA,

semnificativ scăzută față de valoarea de 13.761.212,00 lei fără TVA estimată de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției.

Contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. A2798/03.09.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 37666/04.09.2020, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În preambul, autoritatea contractantă precizează că la solicitarea contestatorului de studiere a dosarului achiziției publice, a pus la dispoziția acestuia documentele aferente, asigurând accesul neîngrădit la informațiile din dosar.

Față de criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- în anunțul de participare simplificat nr. SCN1071036/06.07.2020, la Secțiunea III: Informații juridice, economice, financiare și tehnice, se precizează că „Modalitatea de îndeplinire a cerințelor constă în prezentarea numai a DUAE conform art. 193, alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, împreună cu asociat, subcontractant, terț susținător dacă este cazul”;
- comisia de evaluare a verificat documentul DUAE al ofertantului declarat câștigător, stabilind că oferta acestuia este admisibilă, decizie consemnată în procesul verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor DUAE și a documentelor care îl însoțesc înregistrat cu nr. A 2260/ 24.07.2020;
- documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAE au fost solicitate ofertantului declarat câștigător, după întocmirea clasamentului, prin adresele înregistrate cu nr. A 2497/10.08.2020 și A 2609/18.OS.2020.

Cu privire la îndeplinirea capacității tehnice și profesionale de către ofertantul declarat câștigător, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- prin adresa nr. A 2497/10.08.2020 s-a solicitat asocierii declarate câștigătoare prezentarea documentelor justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAE, inclusiv copie a contractului nr. 44937/ 24.11.2014 - Îmbunătățirea accesului între E60 și platforma industrială Năvodari prin modernizarea căii rutiere, beneficiar UAT Orașul și a PVRTL nr. 21375/27.03.2019; răspunsul la solicitarea de clarificări a ofertantului a fost înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. A2575/14.08.2020;
- după verificarea documentelor transmise, comisia de evaluare a considerat necesar să solicite asocierii declarate câștigătoare clarificări cu privire la documentele transmise; solicitarea a fost transmisă cu nr. A 2609/18.08.2020 și prevede la punctul 4 următoarele: „vor prezenta

documente doveditoare din care să rezulte valoarea lucrărilor executate (acte adiționale pentru demonstrarea valorii declarate în DUAЕ, deviz general, devize pe obiecte, procese verbale de recepție la terminarea lucrărilor completat conform HG 273/1994 din care să rezulte valoarea lucrărilor executate, ele) nu valoarea totală a investiției (care poate să cuprindă valori ale studiilor, taxelor, proiectare, asistență tehnică, etc. documentele vor reflecta valoarea lucrărilor executate atât de cât și a asociaților și subcontractanților)”; acesta a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, fiind înregistrat cu nr. A 2647/ 24.08.2020;

- în urma verificării documentelor transmise comisia de evaluare a constatat că pentru justificarea valorii lucrărilor executate în cadrul contractului prezentat ca experiență similară, respectiv „îmbunătățirea accesului între E60 și platforma industrială prin modernizarea căii rutiere”, contract nr. 44937/24.11.2014, beneficiar UAT Orașul Năvodari, ofertantul a prezentat adresa transmisă Primăriei Orașului Năvodari cu nr. 161/25-06.2020 și răspunsul Primăriei Năvodari cu nr. 27033/25.06.2020 prin care se arată că în conformitate cu înregistrările contabile valoarea investiției este de 28.337.833,78 lei cu T.V.A;

- de asemenea ofertantul a transmis acte adiționale la contractul menționat ca experiență similară și acordul contractual nr. 9311/ 05.05.2015 prin care se diminuează cota de participare a unuia dintre cei doi asociați participanți în contractul de lucrări încheiat cu UAT Orașul, respectiv (în insolvență) de la 50% la 0,1 % în favoarea, cu condiția asigurării de lucrări în valoare de 3.000.000 lei cu TVA;

- analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, s-a stabilit că acesta a justificat experiența similară solicitată prin fișa de date a achiziției, respectiv execuția de lucrări similare în valoare de minimum de 13.200,000 lei fără TVA;

- comisia de evaluare a analizat justificările transmise și a luat decizia în contextul precizărilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, art. 14, pct. A.2 și ținând cont de prevederile art. 1.1 din acordul contractual nr. 9311/ 05.05.2015 cu următoarele estimări:

1. Valoarea execuției lucrări conformată de Primăria Năvodari - 28.337.833,78 lei cu TVA, Valoare lucrări executate de cei 2 asociați după modificarea acordului: - 0,1% - 28.337,83 lei cu TVA; Lucrări asigurate conform acordului - 3.000.000 lei cu TVA. Total = 3.028.337,83 lei cu TVA. - 99,99% - 25.309.495,95 lei cu TVA (21.268.483,99 lei fără TVA). Modificarea procentului de asociere în favoarea este relevant în valoarea lucrărilor executate de și asigură îndeplinirea valorii minime de experiență solicitată.

Autoritatea contractantă consideră că modificarea procentului de asociere între cei doi asociați nu este condiționat însă de acceptul UAT Năvodari, actul de asociere fiind un acord de voință între cele două

părți asociate iar în acordul contractual nr. 9311/05.05.2015, pct. 2.6, ... odată cu preluarea cotei de participare de 49,9% a preluat și toate drepturile și obligațiile asumate inițial de, inclusiv cele asumate prin semnarea contractului de lucrări nr. 44937/24.11.2014, beneficiar UAT Orașul, ... rămânând în continuare asociat și participând la finalizarea lucrărilor.

De asemenea, arată că UAT Orașul prin recomandarea nr. 22683/ 07.05.2020 apreciază calitativ lucrările cu calificativul BINE. Din PVRTL înregistrat la Primăria Orașului cu nr. 21375/27.03.2019 reiese că lucrările au fost executate conform proiectului tehnic, iar comisia a decis admiterea recepției la terminarea lucrărilor.

Autoritatea contractantă subliniază că deși, conform opiniei contestatarului, în PVRTL nr. 21375/27.03.2019 se omite valoarea lucrărilor, comisia de evaluarea a solicitat clarificări privind valoarea lucrărilor executate prin adresa nr. A 2609/18.08.2020; procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor a fost întocmit de comisia de recepție la terminarea lucrărilor, omisiunea valorii lucrărilor executate nu poate fi pusă în sarcina, care a avut calitatea de participant.

Autoritatea contractantă menționează că a stabilit prin fișa de date Secțiunea III: Informații juridice, economice, financiare și tehnice, pct. II. 1.3.a Capacitate tehnică/si sau/profesională că „ofertantul trebuie să demonstreze că a executat în ultimii 5 ani, raportat la termenul limită de depunere a ofertelor, lucrări similare în valoare /valoare cumulată de minimum 13.200.000 lei, exclusiv TVA la nivelul a minimum un contract – maximum 3 contracte. Se consideră lucrări similare obiectului contractului de lucrări de drumuri publice (execuție drumuri noi sau reabilitare/ reparații capitale/modernizare drumuri indiferent de categoria de importanță” fără a impune restrictiv executarea unor lucrări atribuite cu un anumit cod CPV. Această cerință a fost stabilită în conformitate cu prevederile HG nr. 395/2016 și precizările Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, art. 1,2,3,10,11, iar faptul că în anunțul de atribuire referitor la obiectivul: „Îmbunătățirea accesului între E60 și platforma industrială Năvodari prin modernizarea căii rutiere” apar mai multe coduri CPV menționate, nu contravine deciziei comisiei de evaluare care stabilește că ofertantul declarat câștigător a demonstrat experiența similară.

În ceea ce privește aprecierea contestatorului prin care menționează că procesul verbal de evaluare documente suport DUAЕ/raportul procedurii nu arată cum s-a stabilit că asocierea câștigătoare îndeplinește cerințele impuse, câtă vreme comisia de evaluare face doar o enumerare a documentelor depuse, urmată de o constatare nemotivată că „informațiile preliminare din DUAЕ sunt demonstrate” nu are fundament deoarece, comisia de evaluare a analizat toate documentele/informațiile de care a dispus sau pe care le-a primit în urma solicitărilor de clarificări. Această activitate s-a finalizat prin întocmirea unui proces verbal/hotărâre de atribuire utilizând formularele

standard aprobate cu Ordinul ANAP nr. 1581/2018 privind aprobarea formulelor standard ale proceselor-verbale intermediare de evaluare aferente procedurilor de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/ acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii.

La evaluarea propunerilor financiare inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerea tehnică, autoritatea contractantă precizează că a constat că valoarea propunerii financiare prezentate de asocierea declarată câștigătoare reprezintă 70,64% (9.721.500, 00 lei fără TVA) din valoarea estimată a contractului (13.761.212,00 lei fără TVA) și are un preț neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările care constituie obiectul contractului și în baza art. 210 din Legea nr. 98/2016 a solicitat clarificări ofertantului cu adresa înregistrată cu nr. A2349/31.07.2020.

Clarificările s-au referit la:

- fundamentarea economică a prețului ofertat pentru toate obiectele și categoriile de lucrări;
- soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor;
- originalitatea lucrărilor propuse de ofertant;
- să precizeze dacă beneficiază de ajutor de stat;
- alte informații/documente care au stat la baza fundamentării economice a prețului.

Asocierea declarată câștigătoare a răspuns solicitării de clarificări prin adresa înregistrată cu nr. A 2447/07.08.2020. Astfel, comisia de evaluare a analizat documentele transmise care cuprindeau Formularele F1, F2 și F3 cu cantități și valori, oferte de preț pentru materiale și utilaje folosite în execuția lucrărilor semnate de furnizori/prestatori. În urma acestor verificări s-a stabilit că oferta în cauză este admisibilă, decizie înscrisă în procesul verbal înregistrat cu nr. A 2496/10.08.2020.

Prin adresa nr. 1114/03.09.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 38455/09.09.2020, contestatorul depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206486417/1, tranzacția nr. 1005792058/1775994768, din data de 03.09.2020, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 88.000 lei.

Prin corespondența e-mail înregistrată la CNSC sub nr. 38664/10.09.2020, autoritatea contractantă precizează că asocierea declarată câștigătoare nu prezintă documente confidențiale în cuprinsul ofertei depuse.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, contestatorul formulează concluzii scrise. De asemenea, precizează că renunță la studierea dosarului, la sediul CNSC.

Pe fondul cauzei, contestatorul reiterează aspectele menționate în contestație.

Totodată, subliniază că asocierea declarată câștigătoare nu îndeplinește condițiile de capacitate tehnică și profesională - experiența

prealabilă în lucrări similare, în valoare cumulată de cel puțin 13.200.000 lei, exclusiv TVA, experiență care poate fi probată în mod legal de către fiind în limita sumei de 11.906.625,85 lei, sub plafonul solicitat prin fișa de date a achiziției - pentru considerentele prezentate atât în contestație cât și în prezentul răspuns față de punctul de vedere.

Contestatorul precizează că propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător nu cuprinde etapa de proiectare, obținere avize și asistență tehnică. Subliniază că prezentarea metodologiei de îndeplinire a activităților de proiectare, obținere avize și autorizația de construire, asistență tehnică, cu respectarea exigențelor HG nr. 907/2016 și a celorlalte acte normative în vigoare, resursele umane și resursele tehnice alocate desfășurării acestor activități în termenele indicate riguros de către autoritatea contractantă nu se regăsesc în propunerea tehnică elaborată de către ofertantul declarat câștigător.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect: „.....”, cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. SCN1071036/06.07.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 13.761.212 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie modul de desemnare a ofertei câștigătoare aparținând Asocierii formate din, pe care contestatorul o apreciază că este inadmisibilă pentru că nu ar îndeplini cerințele de calificare și selecție în ceea ce privește experiența similară și inacceptabilă deoarece prețul ofertat este unul neobișnuit de scăzut, Consiliul va analiza în cele ce urmează aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, analizând critica privind neîndeplinirea de către Asocierea a cerinței referitoare la experiența similară, Consiliul reține că potrivit Fișei de date a achiziției, la cap. III.1.3. a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, aceasta se demonstrează prin: *„Executarea de lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 13.200.000 lei, exclusiv TVA, valoare ce poate fi demonstrată prin însumarea valorilor lucrărilor executate la nivelul unui contract sau maxim 3 contracte”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016 forma în vigoare la data inițierii procedurii: *„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să*

reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;

- art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit”.

Din interpretarea cerințelor documentației de atribuire și a normelor juridice anterior citate, Consiliul va reține că scopul criteriilor de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care ar trebui să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare și nu de a restricționa participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici le pot îndeplini.

Astfel, rolul cerinței privind experiența similară este dovedirea faptului că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare (și nu identice) cu cea ce urmează a fi executat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că aceștia au cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte.

În cuprinsul fișei de date, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte referitor la modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară:

„Conform art. 193 din Legea 98/2016, pentru îndeplinirea cerințelor, operatorii economici vor prezenta doar Formularul DUAЕ.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

La nivelul DUAЕ **trebuie precizate** informații cum ar fi: **numărul și data contractului** invocat drept experiență similară, valoarea, beneficiarul, **data și numărul documentului de recepție**, precum și **ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil**.

Documentele justificative care pot fi prezentate la solicitarea autorității contractante sunt:

Procese verbale la terminarea lucrărilor/ Certificări de bună execuție/ Recomandări ale beneficiarilor/ alte documente relevante”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține ofertanții aveau obligația să dovedească îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară prin depunerea de înregistrări care să probeze atât natura cât și valoarea lucrărilor efectiv executate în contractele derulate anterior de respectivii operatorii economici.

În acest sens sunt și precizările art. 10 și art. 11 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, care stipulează următoarele:

„Art. 10 - Documentele-suport solicitate de autoritatea/entitatea contractantă în vederea demonstrării experienței similare de către ofertantul clasat pe primul loc ca urmare a aplicării criteriului de atribuire ofertelor admisibile, respectiv candidații selectați ca urmare a aplicării criteriilor de preselecție în cazul procedurilor cu mai multe etape, trebuie să fie relevante, putându-se solicita procese-verbale de recepție întocmite în condițiile actelor normative care reglementează recepția lucrărilor și, după caz, cel mult extrase din contract, fără a se solicita contractul integral.

Art. 11 (1) - Este considerată restrictivă formularea de către autoritatea/entitatea contractantă a cerinței minime privind experiența similară prin solicitarea prezentării unui/unor contract(e) similar(e) de lucrări semnat(e)/încheiat(e)/început(e) strict în ultimii 5 ani, din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat/început un astfel de contract în urmă cu mai mult de 5 ani, dar să poată prezenta experiența similară realizată în perioada solicitată.

(2) Solicitarea unei cerințe minime de calificare și selecție referitoare la prezentarea unui contract similar de execuție lucrări finalizat în ultimii 5 ani devine restrictivă din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să deruleze un astfel de contract și să execute asemenea lucrări fără să fi finalizat contractul, în așa fel încât efectele contractului să se răsfrângă asupra perioadei solicitate, respectivul ofertant putând invoca pentru dovedirea experienței similare partea de contract executată până la momentul solicitării, cu condiția ca lucrările prezentate să fie duse la bun sfârșit.

(3) Cerința de calificare se va formula făcându-se referire la lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani calculată conform art. 13, prin această sintagmă înțelegându-se:

a) lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului;

sau

b) lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau

c) lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală”.

Analizând documentele transmise de Asocieria în susținerea experienței similare, Consiliul constată că acesta a depus următoarele înregistrări:

- contractul nr. 44937/24.11.2014, având ca obiect: „Îmbunătățirea accesului între E60 și platforma industrială Năvodari prin modernizarea căii rutiere”, încheiat între Unitatea Administrativ Teritorială Orașul și Asocieria - reprezentată prin liderul de asociere (pag. 128-139 din dosarul achiziției);

- acordul contractual nr. 9311/05.05.2015 având ca obiect diminuarea cotei de participare în Asociere a asociatului de la procentul de 50% la 0,1% și preluarea cotei de 49,9% de către

- act adițional nr. 1/2016 la contractul nr. 44937/24.11.2014 având ca obiect diminuarea valorii contractului cu suma de 691.418,56 lei (pag. 156 din dosarul achiziției (pag. 156 din dosarul achiziției));

- act adițional nr. 2/2016 la contractul nr. 44937/24.11.2014 având ca obiect completarea unor clauze contractuale privind termenul de finalizare a lucrărilor (pag. 157 din dosarul achiziției);

- act adițional nr. 3/2016 la contractul nr. 44937/24.11.2014 având ca obiect completarea unor clauze contractuale privind termenul de finalizare a lucrărilor (pag. 159 din dosarul achiziției);

- act adițional nr. 4/2017 la contractul nr. 44937/24.11.2014 având ca obiect completarea unor clauze contractuale privind termenul de finalizare a lucrărilor (pag. 160 din dosarul achiziției);

- act adițional nr. 5/2017 la contractul nr. 44937/24.11.2014 având ca obiect diminuarea valorii contractului cu suma de 149.548,44 lei (pag. 159 din dosarul achiziției);

- proces verbal recepție la terminarea lucrărilor nr. 21375/27.03.2019 (pag. 161-162 din dosarul achiziției);

- recomandarea nr. 22683/07.05.2020 emisă de Primăria Orașului privind modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către Asocieria - (pag. 162 din dosarul achiziției);

- adresa nr. 27033/25.06.2020 emisă de Primăria Năvodari din care rezultă că, potrivit înregistrărilor contabile valoarea finală a investiției este de 28.337.833,78 lei cu TVA (pag. 163 din dosarul achiziției).

Față de cele mai sus menționate și ținând seamă de scopul și valoarea experienței similare impuse (13.200.000 lei) Consiliul reține că ofertantul declarat câștigător a făcut dovada prestării unor lucrări în concordanță cu cerințele documentației de atribuire, urmând ca această critică să fie respinsă ca nefondată.

Consiliul nu poate reține criticile contestatorului referitoare la modificarea procentului de asociere între asociați deoarece acordul contractual nr. 9311/05.05.2015 a reprezentat manifestarea de voință a celor doi operatori economici prin care s-a stipulat în mod expres că odată cu preluarea cotei de 49,9%, ... a preluat și drepturile și obligațiile asumate în baza contractului de lucrări nr. 44937/24.11.2014, modificarea procentului de asociere nefiind condiționată în vreun fel de acceptul Primăriei

În ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia oferta declarată câștigătoare trebuia respinsă ca inacceptabilă deoarece prețul ofertat este neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările care constituie obiectul contractului ce urmează a se atribui iar autoritatea contractantă

nu a solicitat clarificări în acest sens, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, având în vedere considerentele ce urmează. În speță, Consiliul reține că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat”;

- art. 139 din HG nr. 395/2016: „(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

Ținând seamă de dispozițiile mai sus iterate, la evaluarea propunerii financiare și a verificării conformității acestora cu propunerea tehnică, autoritatea contractantă constatând că propunerea financiară în valoare de 9.721.500,00 lei aparținând Asocieria reprezintă 70,64% din valoarea estimată a contractului, a procedat la solicitarea de clarificări prin adresa nr. A2349/31.07.2020 (pag. 52 din dosarul achiziției) în sensul:

- fundamentării economice a prețului ofertat pentru toate obiectele și categoriile de lucrări;

- soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor;

- originalitatea lucrărilor propuse de ofertant;

- să precizeze dacă beneficiază de ajutor de stat;

- alte informații/documente care au stat la baza fundamentării economice a prețului.

Asocierea declarată câștigătoare s-a conformat și a răspuns solicitării de clarificări prin adresa înregistrată cu nr. A 2447/07.08.2020 (pag. 53-77 din dosarul achiziției) anexând documentele care cuprindeau Formularele F1, F2 și F3 cu cantități și valori, oferte de preț pentru materiale și utilaje folosite în execuția lucrărilor semnate de furnizori/prestatori, respectând astfel prevederile art. 139 alin. (2) din HG nr. 395/2016 mai sus menționate.

Consiliul reține că, în susținerea acestei critici, contestatorul s-a limitat în a invoca în mod generic caracterul neobișnuit de scăzut al propunerii financiare, fără a menționa, indica sau proba care sunt acele elemente constitutive ale prețului care sunt neobișnuit de scăzute în raport cu cerințele documentației de atribuire și care nu pot fi justificate.

Prin urmare, contestatorul în susținerea criticii avea obligația de a proba caracterul neobișnuit de scăzut al ofertei declarate câștigătoare fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să indice sau probeze care sunt acele elemente constitutive ale prețului care sunt neobișnuit de scăzute în

raport cu cerințele documentației de atribuire și care nu pot fi justificate; ori, aceasta s-a limitat la o simplă afirmație, fără a depune la dosarul cauzei până la data emiterii prezentei nicio probă în sprijinul susținerilor sale.

Referitor la criticile contestatorului formulate prin adresa nr. 1152/10.09.2020 înregistrată la CNSC cu nr. 38710/09.10.2020 intitulată *„Răspuns față de punct de vedere”*, cu privire la oferta câștigătoare, Consiliul urmează să le respingă ca inadmisibile conform art. 21 alin. (3) Legea nr. 101/2016 care dispune în mod expres că: *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*, contestatorul neformulând nicio critică cu privire la aceste aspecte.

Mai mult, dacă depunea toate diligențele, potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016: *„Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr. autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”*, ar fi putut să cunoască din timp modul de evaluare a ofertei depusă de Asocieria și să conteste aceste aspecte, conform prevederilor legale în termenul legal, în condițiile în care contestatorul recunoaște în cadrul contestației formulate că a primit raportul procedurii încă din data de 25.08.2020 iar ulterior în data de 28.08.2020 autoritatea contractantă i-a asigurat accesul și la celelalte documente din dosarul achiziției.

Raportat la cele evocate 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. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, 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 declarate câștigătoare este nefondată.

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

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini