C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., înaintată de Asocierea SC ..... SRL (în reorganizare) & ..... SRL, prin lider de asociere SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – administrator și convențional ....., reprezentată de avocat ....., formulată împotriva rezultatului procedurii nr. 5100/28.03....., emis de ..... SA, cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cu anunț de participare simplificat nr. ..... din data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă actul amintit, emis de ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, potrivit căruia s-a anulat procedura de atribuire.

Prealabil, contestatoarea susține că problema de drept ce face obiectul contestației este măsura în care o recomandare, primită din partea aceleiași autorități contractante (în cadrul executării unui alt contract de lucrări), din care rezultă că o altă lucrare a fost realizată de ea în proporție de 97,5%, și prin care i se acordă calificativul "foarte bine", reprezintă o dovadă pertinentă pentru îndeplinirea condiției experienței similare, în condițiile în care:

- această recomandare este emisă chiar de autoritatea contractantă din procedura de față;

- motivele pentru care lucrarea s-a realizat numai în proporție de 97,5% sunt în afara culpei sale, fiind, mai degrabă (cu o vădită aparență), determinate de o inacțiune a însăși autorității contractante și a unui terț (administrația publică locală).

De asemenea, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 779 L/26.02....., autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea documentelor în dovedirea experienței similare, respectiv:

1. recomandarea nr. 1198/28.01..... aferentă contractului nr. 492/16.11.2009;

2. procesul-verbal de recepție a lucrărilor aferente contractului nr. 492/16.11.2009, din care să rezulte că acestea au fost duse la bun sfârșit, așa cum s-a solicitat prin anunțul de participare.

La această solicitare, prin adresa nr. 13440/01.03....., a răspuns: "Vă transmitem următoarele:

- recomandarea nr. 1198/28.01..... aferentă contractului nr. 492/16.11.2009.

- Având în vedere că cerința privind modul de îndeplinire a experienței similare precizează contract sau PVRTL sau recomandare, considerăm că existența recomandării din partea beneficiarului relevă fără echivoc faptul că am îndeplinit și dus la bun sfârșit o lucrare de anvergură și complexitate mult mai mare. Mai mult decât atât pentru obiectivul ....., au fost efectuate cu succes toate probele funcționale; așa cum rezultă din procesele-verbale de recepție calitativă a lucrărilor, a montajului de echipamente și a dotărilor specific complexelor de natație și procesele-verbale de control în faze determinante întocmite conform programului de control avizat, obiectivul fiind funcțional în integralitatea sa. Atașăm Minuta nr. 3151/04.12.2018 care atestă faptul că lucrările aferente contractului nr. 492/16.11.2009 au fost duse la bun sfârșit".

Totodată, contestatoarea menționează că, urmare a solicitării autorității contractante, din adresa nr. 879L/06.03....., i-a transmis procesele-verbale la care a făcut referire prin adresa nr. 13440/01.03..... și care fac dovada finalizării lucrărilor pentru obiectivul ....., dar și a conformității acestora, procesele-verbale de control lucrări în faze determinante, procese-verbale de recepție lucrări echipamente și bazine și procesele-verbale de recepție calitativă pe toate specialitățile de lucrări.

Cu toate acestea, contestatoarea susține că, în data de 28.03....., autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii potrivit căruia oferta sa a fost declarată inadmisibilă, iar procedura s-a anulat fiind singura ofertă depusă, reținând că argumentele sale și dovezile depuse nu sunt suficiente pentru dovada experienței similare, întrucât nu a depus ca probe înscrisurile la care se referă art. 11 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP și anume:

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.

Contestatoarea apreciază că opinia autorității contractante este greșită.

Subliniază contestatoarea că scopul legiuitorului, atunci când a edictat art. 178 din Legea nr. 98/2016, a fost acela de a se asigura că cei care au acces la contractele publice au capacitatea, experiența și aptitudinile necesare, astfel încât să nu creeze probleme în derularea contractului ce urmează a se atribui, evitând astfel riscul unei lucrări necorespunzătoare.

Privit din această optică, scopul legiuitorului trebuie urmărit respectând inclusiv principiul proporționalității. În materia achizițiilor publice, interpretarea dată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) principiului proporționalității din dreptul comunitar, este aceea că "impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers Union și alții, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

De altfel, subliniază contestatoarea, faptul că, în aplicarea dispozițiilor art. 178 din Legea nr. 98/2016, ANAP a emis Instrucțiunea nr. 2/2017 și, care, în preambul, se referă la principiul proporționalității și trimite la jurisprudența CJUE în acest domeniu, aceasta însemnând că problema demonstrării experienței similare trebuie privită și tratată inclusiv prin prisma principiului proporționalității.

Contestatoarea susține că, din documentele pe care le anexează, rezultă că, la data de 28.01..... a executat 97,5% din contractul nr. 492/16.11.2009, iar calificativul acordat chiar de către autoritatea contractantă este "foarte bun", astfel încât scopul legiuitorului, atunci când a edictat art. 178 din Legea nr. 98/2016, este atins; chiar autoritatea contractantă recunoaște, în mod corect, că a executat lucrări similare, în condiții foarte bune și deci riscul neexecutării contractului viitor ar fi inexistent. De aceea, cerința inclusă în fișa de date referitoare la "ducerea la bun sfârșit" a contractului este îndeplinită, aspect care trebuie privit, atât prin prisma principiului proporționalității, cât și a prevederilor explicite ale Instrucțiunii nr. 2/2017.

Contestatoarea arată că declararea ca inadmisibilă a ofertei sale pe motiv că nu prezintă un proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, apare ca fiind o măsură excesivă, disproporționată prin raportare la situația concretă. În analiza situației concrete, prin raportare la principiul

proporționalității, trebuie avut în vedere faptul că a executat o proporție covârșitoare (97,5%) din contractul nr. 492/2009, iar diferența neexecutată se datorează lipsei branșamentelor (a se vedea pct. 3 din Minuta 3151 încheiată cu autoritatea contractantă la data de 04.12.2018), aspect care nu îi poate fi imputat, de vreme ce realizarea branșamentelor este în sarcina administrației publice locale. Mai mult, așa cum a arătat mai sus, a primit din partea autorității contractante calificativul "foarte bine". În plus, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă a încheiat cu Primăria Otopeni un acord privind realizarea branșamentelor, astfel încât doar autoritatea contractantă avea instrumentele juridice necesare ca pe baza acestui Acord să oblige Primăria să-și îndeplinească obligațiile și, prin urmare, culpa pentru nerealizarea integrală a lucrărilor nu îi aparține, un rol important în realizarea acestor branșamente avându-l autoritatea contractantă și Primăria Otopeni.

Prin demonstrarea realizării unui grad ridicat din lucrare, precum și prin demonstrarea gradului ridicat de satisfacție, cu privire la această lucrare, contestatoarea susține că scopul legiuitorului este atins, iar decizia autorității contractante de a o descalifica reprezintă o măsură excesivă, în dezacord cu jurisprudența CJUE, arătată mai sus.

Desigur că, în contextul unei eventuale răspunderi civile (fie ea contractuală sau delictuală), descalificarea în prezenta procedură reprezintă dovada certă a prejudiciului pe care îl suportă, ceea ce ar conduce la admiterea unei eventuale acțiuni în repararea prejudiciului creat, îndreptată împotriva autorității contractante și a Primăriei Otopeni. Totuși, pentru evitarea unei astfel de acțiuni judiciare, precum și în virtutea principiului reparării în natură a prejudiciului (art. 1386 alin. (1) teza 1 Cod civil), contestatoarea consideră că cea mai bună modalitate de reparare a prejudiciului, dar mai ales de evitare a unuia mai mare, este acela de a considera admisibilă oferta sa, ținând cont de toate argumentele prezentate (gradul ridicat de realizare; gradul ridicat de satisfacție a beneficiarului, care este chiar autoritatea contractantă în procedura din speță; lipsa culpei sale; faptul că toate probele funcționale au fost efectuate cu succes; principiul proporționalității).

De asemenea, mai subliniază contestatoarea că, în ciuda demersurilor sale de a se realiza recepții parțiale, în conformitate cu HG nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor (situație care ar fi asigurat deplina compatibilitate cu prevederile art. 11 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017), s-a lovit de refuzul autorității contractante. De exemplu, în data de 28.02.2017, prin adresa nr. 2968, s-a adresat dirigintelui de șantier (.....SRL), pentru efectuarea recepției parțiale, conform art. 10.2 din contract și, ulterior, prin adresa nr. 10/01.03.2017, dirigintele de șantier s-a adresat ..... pentru desemnarea reprezentanților, în vederea efectuării recepției parțiale, dar demersul a rămas fără răspuns.

Prin urmare, contestatoarea susține că, chiar înainte de apariția prezentei situații litigioase, a încercat deblocarea situației prin cererea de efectuare a recepției parțiale care, dacă ar fi fost admisă, ar fi asigurat tuturor părților implicate (inclusiv autoritatea contractantă) o situație juridică mai stabilă și mai corectă.

Mai remarcă contestatoarea faptul că, deși la data de 28.01..... autoritatea contractantă a emis o recomandare cu calificativul foarte bun, totuși la fix două luni distanță, acest lucru nu mai valorează nimic pentru aceeași autoritatea contractantă și, inclusiv din acest punct de vedere, apreciază că este încălcată voința legiuitorului și scopul Legii nr. 98/2016.

În continuare, contestatoarea invocă analiza situației dacă enumerarea realizată de art. 11 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 este o enumerare limitativă, în sensul că doar documentele prevăzute expres pot face dovada experienței similare, ea considerând că răspunsul este negativ, și apreciază că enumerarea este doar exemplificativă. Nu crede contestatoarea că, prin Instrucțiunea nr. 2/2017, ANAP și-a propus să limiteze probatoriul, o astfel de limitare putând avea drept consecință, nefirească, ratarea elementului esențial: dovedirea existenței reale a experienței similare, care, în opinia sa, poate fi făcută prin orice mijloc de probă care atestă, indubitabil, că ofertantul are experiență. Ceea ce se pierde din vedere este scopul legiuitorului, care nu și-a propus decât să se asigure că beneficiarii (autoritățile contractante) nu vor întâmpina probleme în executarea contractului. Accentul trebuie deci pus pe această chestiune, în dauna unei abordări formale care limitează dovada experienței similare la unele documente tip.

În susținerea tezei sale, contestatoarea invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, precum și ale Instrucțiunii nr. 2/2017, din care reiese că legiuitorul primar nu impune reguli stricte și mai ales probatoriu strict formal în privința dovedirii experienței similare, respectiv art. 178 și art. 179 din Legea nr. 98/2016 și art. 12 alin. (4) din Instrucțiunea nr. 2/2017, pe care le citează.

Contestatoarea susține că din textul citat reiese cu claritate teza pe care o susține, și anume, că dovada experienței similare nu se limitează doar la probele și aspectele formale enunțate de art. 11 alin. (3) din Instrucțiune. Practic, interpretând teleologic, dar și logic, Instrucțiunea nr. 2/2017, rezultă că art. 11 alin. (3) trebuie citit împreună cu art. 12 alin. (4), rezultând concluzia că, alături de documentele prevăzute explicit de art. 11 alin. (3), demonstrarea experienței similare se poate face prin orice tip de certificat sau document de bună execuție. Doar prin această interpretare se asigură respectarea voinței legiuitorului, care nu enumeră limitativ, el fiind preocupat de a existența reală a unei experiențe similare, independent de forma (tipul) documentelor care o atestă, cu scopul de a preîntâmpina probleme în derularea viitorului contract.

Or, ea a dovedit că acest scop este atins și că nu există riscul unor probleme în derularea contractului prin procesele-verbale de recepție calitativă a lucrărilor, a montajului de echipamente și a dotărilor specifice

complexelor de natație și procesele-verbale de control în faze determinante, întocmite conform programului de control avizat, din care rezultă că au fost efectuate cu succes toate probele funcționale.

De asemenea, contestatoarea arată că a dovedit că autoritatea contractantă este foarte mulțumită de activitatea sa prin calificativul pe care i l-a acordat, deci este cert că nu are motive să considere că nu ar putea să ducă contractul la bun sfârșit.

Contestatoarea mai precizează că, din documentele emise chiar de către autoritatea contractantă, rezultă că a plătit contravaloarea lucrărilor executate în temeiul contractului nr. 492/2009, în cuantum de aproximativ 150.000.000 lei, așa cum rezultă din recomandare și din minută.

În raport de rigorile normei metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale aprobată prin OMF nr. 1792/2002, autoritatea contractantă în calitate de actuală, dar și fostă autoritate contractantă în cadrul contractului nr. 492/2009, în cadrul căruia a efectuat plăți în cuantum de 97,5% % din valoarea contractului, nu ar putea invoca lipsa proceselor-verbale de recepție parțială, acte în a căror absență rezultă că plățile confirmate au fost efectuate cu încălcarea: OMFP nr. 1792/2002, pct. 2 - „lichidarea cheltuielilor" verificarea existenței sumei datorate creditorului se efectuează de către persoana împuternicită de ordonatorul de credite, pe baza datelor înscrise în factură și a documentelor întocmite de comisia de recepție constituită potrivit legii (Proces-verbal de recepţie - cod 14-2-5, Proces-verbal de recepție provizorie - cod 14- 2-5/a, Proces-verbal de punere în funcțiune - cod 14-2-5/b, în cazul mijloacelor fixe, Notă de recepție și constatare de diferențe - cod 14-3-1A, în cazul bunurilor de natura stocurilor și alte documente prevăzute de lege, după caz”; pct. 4 – ”plata se efectuează de conducătorul compartimentului financiar (financiar-contabil) numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiții (...) există toate documentele justificative care să justifice plata(...)”.

Prin urmare, faptul că autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar al lucrărilor executate în cadrul contractului nr. 492/2009, a plătit părți din lucrări fără a emite procese-verbale de recepție parțială, nu o îndreptățește ca, în actuala procedură, să nege experiența dobândită prin execuția a 97,5% din lucrările executate și pentru care a primit calificativul ”foarte bine”, în condițiile în care execuția lucrărilor este probată prin documente relevante în sensul reglementat de art. 179 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că cerința, solicitată de autoritatea contractantă prin anunțul de participare, este aceea ca lucrările să fi fost ”duse la bun sfârșit” și, din acest punct de vedere, însăși autoritatea contractantă a recunoscut că lucrările au fost duse la bun sfârșit, prin minuta nr. 3151/04.12.2018, în care, la punctul 6, se face mențiunea că a ”dus la bun sfârșit lucrarea conform condițiilor contractuale, lucrările

rămase neexecutate nu i se pot imputa, acestea datorându-se unor factori externi și ca urmare solicită analizarea posibilității emiterii unei recomandări din partea investitorului pentru lucrările realizate în valoare de 146.262.206 lei. Contestatoarea arată că, ulterior, ... a emis recomandarea în cauză, ceea ce echivalează cu satisfacerea integrală a cerinței sale , precum și cu acceptarea punctului său de vedere, inserat în minută. Contestatoarea apreciază că, în speță, se poate discuta de un veritabil drept subiectiv, și anume ”dreptul de a ți se recunoaște ducerea la bun sfârșit a lucrării”, recunoscut de art. 2538 Cod Civil.

Contestatoarea susține că satisfacerea de către ..... a doleanței sale de a-i emite o recomandare, în condițiile în care cererea sa era fondată pe ideea că a dus la bun sfârșit lucrarea, echivalează cu o recunoaștere tacită a dreptului în condițiile art. 2538 alin. (2) Cod Civil.

În continuare, contestatoarea precizează că declararea ofertei sale ca inadmisibilă se circumscrie unui tip de răspundere juridică specifică dreptului achizițiilor publice, respectiv atunci când oferta nu îndeplinește cerințele legale ofertantul urmează să răspundă, iar sancțiunea este inadmisibilitatea ofertei.

În opinia sa, contestatoarea consideră că această răspundere este specială, dar care se completează cu dispozițiile codului civil, respectiv dispozițiile art. 1349 Cod civil care reglementează răspunderea civilă. Contestatoarea arată că, în speță, sunt aplicabile, inclusiv, dispozițiile art. 1351 alin. (3) din Codul Civil, în conformitate cu care cazul fortuit conduce la exonerarea de răspundere.

Astfel, contestatoarea menționează că, potrivit Codului Civil, cazul fortuit reprezintă un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat și, din acest punct de vedere, ea nu putea să prevadă că lucrările de branșament nu vor fi realizate de Primăria Otopeni, nu putea să prevadă că ..... nu are instrumentele necesare să oblige primăria să realizeze lucrările și, mai ales, nu putea să împiedice realizarea evenimentului, adică nu avea niciun instrument prin care să oblige primăria să realizeze branșamentele.

Contestatoarea apreciază că, în speță, se află în raza de acțiune a unui caz fortuit care o exonerează de răspundere, precizând că nu se referă la răspunderea contractuală în temeiul contractului nr. 492/2009 încheiat cu ....., ci se referă la răspunderea constând în declararea ofertei sale ca inadmisibilă. Lipsa procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, care a condus la sancționarea sa prin declararea inadmisibilității ofertei, se datorează cazului fortuit și anume nerealizarea lucrărilor de branșament de către primărie.

Contestatoarea susține că, prin punctul 6 din minuta nr. 6129/09.05.2018, încheiată ca urmare a vizitei la șantier, ... a constatat evoluția pozitivă a șantierului, dar s-a declarat îngrijorată de lipsa utilităților energetice (branşamente) care vor putea determina defecțiuni majore ale instalațiilor, dar, în final, a arătat că "toate aceste defecțiuni care vor apărea în lipsa rețelelor de utilități, nu vor putea

cădea în sarcina ..... SRL". S-a admis deci, în mod explicit, lipsa unei răspunderi a societății, pentru nerealizarea lucrărilor de branșament, în sensul că nu va răspunde material pentru defecțiuni. Deoarece faptul ilicit este același (nerealizarea branșamentelor), contestatoarea consideră că este firesc să nu cadă în sarcina sa nicio formă de răspundere, nici cea specială, reglementată de Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 5755/08.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 13069/08.04....., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestația formulată de Asocierea SC ..... SRL (în reorganizare) & ..... SRL, precum și copia dosarului achiziției publice.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În fapt, autoritatea contractantă susține că în procedură a participat un singur ofertant, contestatoarea ASOCIEREA ..... SRL - (IN REORGANIZARE) ..... SRL, iar oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsul la clarificări transmis este unul neconcludent și oferta depusă nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire. Pe cale de consecință, procedura de atribuire a fost anulată, în baza prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Pentru a verifica îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin adresa nr. 779 L/26.02....., autoritatea contractantă arată că a solicitat ofertantului să prezinte documentele justificative, enumerate pentru dovedirea experienței similare înscrise în Formularul DUAE, iar ofertantul a transmis recomandarea nr. 1198/28.01....., minuta nr. 3151/04.12.2018 care atestă faptul că lucrările aferente contractului nr. 492/16.11.2009 au fost duse la bun sfârșit, precum și procese-verbal de control lucrări în faze determinante, de recepție lucrări echipamente și bazine, de recepție calitativă pe toate specialitățile de lucrări.

Citând prevederile art. 179 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, art. 12 alin. (4) și (6) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de către ANAP, precum și dispozițiile art. 11 alin. (2) din Instrucţiune, autoritatea contractantă susține că, din coroborarea acestor prevederi legale, comisia de evaluare a analizat dovedirea experienței similare în lucrări, iar pentru a putea fi luat în considerare contractul nr. 492/16.11.2009 trebuia să fie însoțit de dovezi care să justifice, pe de o parte, buna execuție, în sensul realizării lui în conformitate cu normele profesionale în domeniu și concomitent, ducerea lui la bun sfârșit.

Dacă raportat la prima condiție, dispozițiile legale în vigoare permit ca dovada să fie făcută prin orice tip de certificat sau document de bună execuție (certificate de predare-primire, recomandări, procese-verbale de recepție, certificări de bună execuție, certificate constatatoare), pentru a

demonstra ducerea la bun sfârșit a contractului, proba se face, așa cum rezultă fără putință de tăgadă, din dispozițiile art. 11 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017, emisă de către ANAP, și anume:

- procese-verbale de recepție întocmite în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului, în cazul lucrărilor recepționate pe obiecte;

sau

- lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; respectiv

- lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală.

Or, în cazul contractului nr. 492/16.11.2009 derulat pentru realizarea obiectivului de investiții "....." și prezentat de ofertant pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară în lucrări, comisia de evaluare a apreciat că nu au fost depuse dovezi clare care să ateste ducerea "la bun sfârșit" a lucrărilor, documentele depuse de ofertant nefiind de natură a indica în mod clar acest aspect.

În susținerea acestei concluzii, comisia de evaluare a avut în vedere faptul că din cuprinsul recomandării nr. 1198/28.01..... rezultă că, la data emiterii sale, lucrările au fost finalizate în proporție de 97,5%, context în care trebuie subliniat că, deși procentul de realizare a lucrărilor este unul ridicat, dispozițiile legale aplicabile nu fac nicio distincție în acest sens, ci specifică în mod imperativ "duse la bun sfârșit". Mai mult, având în vedere finalizarea lucrărilor în proporție de 97,5%, precizată în cadrul documentului intitulat "Recomandare...", comisia de evaluare a considerat că revenea ofertantului, în mod corelativ, obligația de a dovedi existența unei recepții, care să evidențieze ducerea la bun sfârșit a lucrării (sau a unei părți a acesteia) și executarea acestora în conformitate cu normele profesionale în domeniu.

Autoritatea contractantă susține că procesele-verbale prezentate prin adresa nr. 13447/08.03....., ca răspuns la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, sunt procese-verbale întocmite în conformitate cu Plan de control al calității, verificări și încercări, în timp ce solicitarea comisiei de evaluare vizează procesul-verbal la terminarea lucrărilor efectuat conform prevederilor Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, aprobat prin HG nr. 273/1994.

Autoritatea contractantă arată că, într-o speță similară, prin Decizia Civilă nr. 2569/02.05.2018, Curtea de Apel ..... a reținut că „pentru a fi luat în considerare, pentru dovedirea experienței similare, contractul exhibat trebuia să fie însoțit de dovezi privitoare la două aspecte fundamentale: a) buna execuție (executarea în conformitate cu normele profesionale în domeniu) și b) ducerea la sfârșit.

Dacă în privința primei cerințe legea permite ca dovada să fie făcută prin orice tip de certificat sau documente de bună execuție (certificate de predare-primire, recomandări, procese-verbale de recepție, certificări de bună execuție, certificate constatatoare), în privința secundei proba se face, după cum limpede reiese din dispozițiile art. 11 alin. (2) din

Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, printr-un act de recepție a lucrărilor întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului.

... Curtea constată că ofertantului îi revenea obligația de a dovedi existența unei recepții, apte a atesta ducerea la sfârșit a lucrării".

Autoritatea contractantă precizează că, în susținerea celor arătate, sunt și prevederile HG nr. 273/1994 - Regulamentul privind recepția construcțiilor - actualizat la 18.05.2017, potrivit cărora recepția construcțiilor constituie o componentă a sistemului calității și reprezintă un proces complex prin care se certifică, în condițiile legii, finalizarea lucrărilor pentru realizarea unor construcții noi sau a unor intervenții la construcții existente, cu respectarea cerințelor fundamentale aplicabile și în conformitate cu prevederile autorizației de construire/desființare, precum și ale documentelor prevăzute în cartea tehnică a construcției (art. 1).

Autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, a decis anularea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

În concluzie, așa cum rezultă din documentele prezentate de către contestatoare în oferta depusă, autoritatea contractantă susține că lucrările prezentate ca experiență similară nu au fost duse la bun sfârșit, astfel nefiind îndeplinită cerința fișei de date - instrucțiuni pentru ofertanți și legislația în vigoare.

Prin adresa nr. 514/09.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 13325/09.04....., contestatoarea a transmis un Răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, susținând că aceasta nu răspunde punctual argumentelor invocate prin contestație și, în opinia sa, această evitare se datorează faptului că ..... nu are o replică valabilă, deoarece nu are argumente.

În referire la invocarea Deciziei nr. 2569/02.05.2018 a Curții de Apel ....., contestatoarea învederează faptul că la data promovării contestației cunoștea această decizie, însă în acea speță lucrarea fusese executată în proporție de 55%, iar nu 97,5% (aspect relevant pentru aplicarea principiului proporționalității).

De asemenea, contestatoarea susține că în acea speță nu s-a invocat principiul proporționalității, cazul fortuit, răspunderea autorității contractante șamd, aspecte care sunt esențiale în prezenta cauză și care vor trebui să primească o soluționare. Din acest punct de vedere, Decizia nr. 2569/2018 nu are absolut nicio relevanță.

De exemplu, contestatoarea menționează că, potrivit acestei Decizii "proba se face, după cum limpede reiese din dispozițiile art. 11 alin. (2) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, printr-un act de recepție a lucrărilor întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice...", dar din această decizie nu reiese modul în care instanța a analizat incidența principiului proporționalității, ceea ce o determină să considere că nici nu

a existat o astfel de apărare. Or, ea a contestat exact această chestiune și a arătat faptul că, în ciuda dispozițiilor art. 11 alin. (2) din Instrucțiune, scopul legiuitorului a fost acela de a se asigura că cei care au acces la contractele publice au capacitatea, experiența și aptitudinile necesare în derularea contractului ce urmează a se atribui.

Contestatoarea susține că Instrucțiunea nr. 2/2017 nu are rolul de a limita probatoriul prin dovedirea experienței similare, exclusiv, printr-un anumit document, sub sancțiunea unei răspunderi juridice drastice, precum inadmisibilitatea ofertei. Chestiunea trebuie analizată prin raportare la principiul proporționalității.

În altă ordine de idei, contestatoarea arată că, în situația în care va prevala punctul de vedere al ....., având în vedere întreaga situație de fapt și de drept expusă în contestație, se va adresa instanțelor judecătorești cu o acțiune în răspundere civilă, pentru recuperarea întregului prejudiciu creat ca urmare a imposibilității întocmirii documentelor de recepție a lucrării.

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

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „....."", ... SA (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura simplificată, prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. ..... din .....

Nemulțumită de respingerea ofertei sale și de anularea procedurii de atribuire, Asocierea SC ..... SRL (în reorganizare) & ..... SRL, prin lider de asociere SC ..... SRL, a formulat contestația de față, solicitând .....

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, privind plata cauțiunii aferente, contestatoarea a depus recipisa nr. 205357908/1 din data de ....., de consemnare a unei cauțiuni, în valoare de 35.000 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea .....

Consiliul constată că singurul motiv de respingere a ofertei contestatoarei, avut în vedere de autoritatea contractantă (conform adresei nr. 5.100/28.03.....), este nerespectarea condiției, cumulative (pe lângă cea privind conformitatea cu normele tehnice/profesionale din domeniu), ca lucrările prezentate drept experiență similară să fie ”duse la bun sfârșit”, în înțelesul sintagmei regăsite în cuprinsul art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, adică:

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

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

a) lucrări recepţionate pe obiecte, care sunt însoţite de proces-verbal de recepţie întocmit în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

b) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau

c) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal de recepţie finală.

Consiliul are în vedere că, prin fișa de date a achiziției, achizitoarea a precizat (în secțiunea *III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*) posibile documente doveditoare, pe care ar putea să le considere edificatoare, în aprecierea experienței similare a ofertanților: *Modalitatea prin care poate fi demonstrata indeplinirea cerintelor: Se va prezenta DUAE in conformitate cu prevederile art 193 alin 1 din Legea 98/2016, iar documentele justificative constând în:*

1.Documente reprezentand certificări/documente constatatoare pentru acele lucrari pe care ofertantul considera ca autoritatea contractanta trebuie sa le ia in considerare pentru evaluarea indeplinirii cerintei privind experienta similara. Respectivele certificări vor trebui sa indice:

a. obiectul lucrarilor astfel incat sa fie furnizate toate informatiile solicitate si necesare pentru a se verifica indeplinirea cerintei privind experienta similara,

b. beneficiarii, indiferent dacă acestia sunt autorități contractante sau clienti privati,

c. valoarea-in lei fara tva,

d. perioada, mai exact intervalul periodic (data de inceput si data de finalizare) in care s-a executat contractul

e. locul executiei lucrarilor si

f. sa precizeze dacă au fost executate în conformitate cu normele profesionale din domeniu si dacă au fost duse la bun sfârsit;

Certificarile vor fi emise sau contrasemnate de beneficiar (autoritate contractanta sau client privat).

.....

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Nota 1: Certificarile vor fi emise sau contrasemnate de beneficiar (autoritate contractanta sau client privat). Intra in categoria documentelor reprezentand certificari de buna executie documentele intocmite in conformitate cu formularul din documentatia de atribuire precum si procese verbale de receptie/recomandari/documente constatatoare sau alte documente similare in masura in care acestea sunt emise sau contrasemnate de beneficiar si furnizeaza toate informatiile solicitate pentru demonstrarea indeplinirii cerintei de calificare privind experienta similara.

Din cuprinsul acestor reguli, enunțate de autoritatea contractantă, rezultă că nu doar procesele-verbale de recepție enumerate de Regulamentul privind recepţia construcţiilor, aprobat prin HG nr. 273/1994, sunt documente care certifică buna execuție, în accepțiunea sa, ci și alte documente constatatoare.

În context, Consiliul constată că autoritatea contractantă a acceptat că recomandarea nr. 1198/28.01....., precum și documentele atașate acesteia, confirmă calitatea lucrărilor, la nivelul parametrilor de calitate, fără întârzieri în execuție, care au determinat și decontarea lor.

În același timp, Consiliul constată că aprecierea lipsei dovezilor că respectivele lucrări (executate tot în beneficiul actualei autorități contractante) nu ar fi duse la bun sfârșit s-a bazat pe interpretarea gramaticală a textului din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, iar nu pe situația faptică cunoscută/controlată chiar de autoritatea contractantă, care a emis documentul de recomandare, deși nu ar fi fost obligată de prevederile legale din domeniul achizițiilor publice (în cazul în care ar fi considerat că nu s-a finalizat execuția acelui contract de achiziție publică – nr. 492/16.11.2009).

De bună seamă că prevederile Instrucțiunii (la care se raportează autoritatea contractantă) sunt emise în corelație cu regulile de derulare a procesului de recepție a lucrărilor, adică cu o succesiune firească a etapelor de execuție a contractului de lucrări și a etapelor de recepție a acestora, adică concordant și cu prevederile art. 3 din Regulamentul aprobat prin HG nr. 273/1994: *Art. 3. - (1) Recepţia construcţiilor de orice categorie şi clasă de importanţă se efectuează de către investitor/proprietar atât pentru construcţii noi, cât şi în cazul intervenţiilor la construcţii existente, pentru care se emit, în condiţiile legii, autorizaţii de construire/desfiinţare, şi se realizează în două etape:*

a) recepţia la terminarea lucrărilor;

b) recepţia finală, la expirarea perioadei de garanţie.

(2) Recepţia poate fi admisă sau respinsă, motivat.

Însă, întrucât aceste etape nu au fost parcurse chiar din cauza beneficiarului final al investiției amintite (Primăria Otopeni), iar Investitorul (Compania Națională de Investiții) nu a sesizat impedimente sau conduite imputabile contractantului, în execuția a 97,5% din contractul respectiv, este evident că, din punct de vedere formal, nici etapele de recepție enumerate în Regulament nu au fost parcurse.

Cu toate acestea, etapele prealabile desfășurării recepției (parțiale sau la terminarea lucrărilor) au fost confirmate de beneficiarul lor, fiind emise procese-verbale de recepție/control pentru structura de rezistență/faze determinante și procese-verbale de recepție calitativă a lucrărilor/obiectelor pe diferite specialități.

Prin urmare, în lipsa unor procese-verbale de recepție emise în concordanță cu Regulamentul aprobat prin HG nr. 273/1994, ar apărea lipsită de efecte/superfluă o acceptare pur formală a unor documente similare care să releve ducerea ”la bun sfârșit” a lucrărilor de construcții.

Astfel, situația de fapt în speță trebuia raportată la prevederile art. 1 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *În procesul de realizare a achiziţiilor publice orice situaţie pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, denumită în continuare Lege*.

Neexistând o reglementare explicită a situației faptice în care se regăsesc cele două părți implicate în contractul pentru care s-a emis recomandarea în discuție (ce pot avea calitate similară și în procedura prezentă, achizitor și ofertant/executant), adică existența unui impediment extern, neimputabil lor, pentru realizarea recepției lucrărilor duse la bun sfârșit, în cazul de față, autoritatea contractantă trebuia să se raporteze la proporționalitatea măsurii de respingere/acceptare a ofertei în raport cu scopul achiziției derulate.

Consiliul consideră disproporționată măsura excluderii ofertei contestatoarei, cu atât mai mult cu cât aprecierea autorității contractante s-a bazat pe o situație faptică în care a fost direct implicată, având o cunoaștere deplină a condițiilor de derulare a contractului prezentat drept experiență similară, dar care s-a limitat la aprecierea formală a lipsei unui document ce ar fi emis tot de ea (prin comisia de recepție ce trebuie să o numească în condițiile prevăzute la art. 10 alin. 3 din Regulamentul sus amintit).

În privința deciziei de anulare a procedurii, Consiliul constată că a fost determinată, implicit, de lipsa altor oferte, adică autoritatea contractantă a apreciat că, odată cu respingerea singurei oferte primite (aparținând contestatoarei), sunt aplicabile dispozițiile art. 212 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2018.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula decizia de respingere a ofertei contestatoarei, dar și decizia de anulare a procedurii și, implicit, va obliga autoritatea contractantă la continuarea ei, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei, pornind de la premisa că documentele privind experiența similară, analizate în prezenta cauză, îndeplinesc condiția că lucrările executate sunt ”duse la bun sfârșit”, în înțelesul dat de documentația de atribuire și de Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația înaintată de Asocierea SC ..... SRL (în reorganizare) & ..... SRL, împotriva rezultatului procedurii conținut de adresa nr. 5100/28.03....., emisă de ..... SA, autoritatea

contractantă în procedura inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ..... din data de .....

Anulează decizia de respingere a ofertei contestatoarei, dar și cea de anulare a procedurii, consemnate în raportul procedurii nr. 1369/28.03..... și în adresa nr. 5100/28.03..... (act subsecvent primului).

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei contestatoarei, pornind de la premisa că documentele analizate, conform motivării de mai sus, îndeplinesc cerința privind experiența similară.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

……