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) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul Constantin Savu - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări „.....", cod CPV 45330000-9, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat obligarea autorității la remedierea documentelor care stau la baza procedurii, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale și, în subsidiar, anularea respectivei proceduri.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă o serie de prevederi ale documentației de atribuire elaborată de ....., în cadrul procedurii de

atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

1. Codul CPV ales de autoritatea contractantă nu definește obiectul achiziției

În urma verificării atât a anunțului de participare simplificat publicat în SICAP cu nr. ...../....., precum și a fișei de date aferente acestuia s-a constatat că acestea prevăd un cod CPV principal eronat ce nu definește obiectul viitorului contract „.....”. Acest cod CPV ales de autoritatea contractantă este 45330000-9 Lucrări de instalații de apa (Rev. 2), nefiind ales nici un alt cod CPV secundar.

În urma verificării din Nomenclatorului de referință în domeniul achizițiilor publice, adoptat prin Regulamentul (CE) nr. 2.195/2002 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 noiembrie 2002 privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV), s-a constatat că acesta nu definește obiectul viitorului contract întrucât codul CPV principal ce trebuia ales de autoritatea contractantă ar fi trebuit să fie 45232150-8 Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă.

Analizând codul CPV se observă că autoritatea contractantă a ales Codul CPV 45330000-9 Lucrări de instalații de apa (Rev.2), care face parte din 45300000-0 Lucrări de instalații pentru clădiri. Conform Formularului F2 Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pt. obiectul 10 - rețea alimentare cu apă (obiectul principal), rezultă foarte clar că lucrările nu sunt de instalații de apă la clădiri, ci sunt lucrări pentru conducte de alimentare cu apă.

2. Cuantumul garanției pe participare este de 5% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică

Cuantumul garanției de participare în sumă de 357.298 lei reprezintă 5% din valoare estimată a contractului de achiziție publică fapt ce încalcă prevederile art. 35 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă avea obligația de a stabili o garanție de participare ce nu putea depăși 1% din 7.145.950,00 lei, fără TVA, respectiv din valoarea estimată a contractului de achiziție publică. Garanția de participare trebuia să fie de maximum 71.495,00 lei.

3. Cerința minimă cu privire la experiența similară este restrictivă

Formularea cerinței minime cu privire la experiența similară este restrictivă din următoarele considerente:

- solicitarea demonstrării experienței similare printr-un singur contract în valoare cel puțin egală cu valoarea estimată generează o restrângere a concurenței, scopul legislației în materie fiind de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu;

- autoritatea contractantă nu a stabilit cerința minimă cu privire la experiența similară în corelare cu principiul proporționalității, respectiv

nu a stabilit-o cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit;

- se constată încălcarea următoarelor prevederi legale:

● art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 - legiuitorul se referă la „o lista a lucrărilor realizate”, deci dacă se referă la o lista a lucrărilor realizate, în mod evident se referă la mai mult de o/un lucrare/contract prezentat de operatorii economici ca și experiență similară. Tot la plural se regăsesc și prevederile din Anexa XII, partea II Capacitatea tehnică, lit. a) punctul (i) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului european și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE;

● art. 29 alin. (1) și art. 31 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016;

- se constată încălcarea prevederilor din Instrucțiunea nr. 2 din 19 aprilie 2017 (emisă de ANAP în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale) a următoarele articole: art. 1, art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) și (2), art. 6 alin. (1) și (2);

SC ..... SRL susține că ar fi îndeplinit cerința minimă de experiența similară în sumă de cel puțin 7.145.950,00 lei, fără TVA, la nivelul a doua contracte, însă modul în care autoritatea contractantă a formulat cerința o obligă practic:

- ori să se asocieze cu un operator economic care are ca experiență similară o lucrare executată în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 7.145.950,00 lei, fără TVA, la nivelul unui singur contract, fapt care nu este agreat de societatea sa care deține un portofoliu de astfel de lucrări și care are capacitatea tehnică, profesională și financiară de a realiza o lucrare de canalizare și/sau rețele de alimentare cu apa și/sau aducțiuni etc., în sumă de cel puțin 1.145.950,00 lei, fără TVA;

- ori să prezinte un terț susținător; terțul susținător, conform cerinței actuale din fișa de date, pentru îndeplinirea cerinței, ar trebui să demonstreze o experiență similară, în ultimii 5 ani, în valoare cumulată de cel puțin 7.145.950.00 lei, fără TVA, la nivelul unui singur contract. Nici această situație nu este agreată, deoarece terțul susținător, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ar trebui să demonstreze autorității contractante că va executa în mod efectiv lucrarea.

Autoritatea contractantă a aplicat cerința privind experiența similară, raportându-se doar la art. 6 alin. (1) lit. a) din Instrucțiunea nr. 2/2017, prevalându-se de excepția prevăzută în cadrul aceluiași articol,

dar la alin. (2). Astfel, conform art. 6 alin. (2) din Instrucțiunea nr. 2/2017 se prevede că în cazul aplicării procedurii simplificate *„autoritatea/entitatea contractantă va formula cerința de calificare referitoare la experiența similară numai în variantele menționate la alin. (1) lit. b), c), e) sau f), având în vedere că în cazul acestui tip de procedură de atribuire se poate invoca susținerea unei terțe părți pentru îndeplinirea plafonului aferent criteriului referitor la experiența similară”*. Rezultă că în cazul unei proceduri simplificate autoritatea contractantă are obligația de a alege doar variantele menționate la alin. (1) lit. b), c), e) sau f).

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la modificarea, prin publicarea unei erate, a cerinței minime cu privire la experiența similară conform art. 6 alin. (1) lit. b) din Instrucțiunea nr. 2/2017 sau după cum urmează:

„Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii de operatori economici împreună) trebuie să demonstreze prin prezentarea de certificate/documente relevante/procese-verbale de recepție/recomandări etc., contrasemnate de către beneficiarii lucrărilor din sectorul public sau privat, faptul ca în ultimii 5 ani a executat lucrări similare obiectului contractului - respectiv, lucrări pentru rețele de canalizare și/sau rețele de alimentare cu apă și/sau aducțiuni, etc., în valoare cumulată de cel puțin 7.145.950.00 lei, fără TVA, la nivelul a maximum trei contracte.

Modalitate de îndeplinire: se va completa DUAE de către ofertanți cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi: certificate/documente relevante/procese-verbale de recepție/recomandări etc., la nivelul a maximum trei contracte, contrasemnate de către beneficiarii lucrărilor din sectorul public sau privat, din care să rezulte că ofertantul a executat lucrări similare. Odată cu depunerea DUAE ofertantul va prezenta, dacă este cazul, angajamentul terțului susținător din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora, acordul de asociere și/sau acordul de subcontractare”.

4. Codul unic de identificare al procedurii este eronat, în sensul nerespectării prevederile legale în vigoare

În urma verificării atât a anunțului de participare simplificat publicat în SICAP cu nr. ...../....., precum și a fișei de date, s-a constatat că acestea prevăd un cod unic de identificare a procedurii eronat, în sensul că nu respectă prevederile art. 4 din Anexa nr. 1 la Hotărârea Guvernului nr. …./08.06.2018, Norme metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 98/2017

privind funcția de control ex ante al procesului 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.

Conform prevederilor actului normativ mai sus menționat se va corecta numărul «76» indicat, întrucât acesta nu respectă condițiile prevăzute la art. 4 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 419/08.06.2018 (a se vedea și art. 8, art. 26 alin. (1) lit. a) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 98/2017). Corect este CUI autoritate contractantă/...../poziție achiziție din PAAP. Atenție: poziția din PAAP se preia din PAAP-ul completat și publicat de autoritatea contractantă la nivelul SEAP/SICAP, în rubrica intitulată «Inițieri de proceduri de achiziții», subrubrica «Planuri achiziții».

5. Alăturarea eronată a termenului/sintagmei de „caiet de sarcini" lângă „documentația de atribuire".

Potrivit art. 20 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, documentația de atribuire include deja caietul de sarcini

Contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să publice o erată prin care aceasta să corecteze, atât la nivelul anunțului de participare simplificat, cât și la nivelul fișei de date, eroarea indicată.

6. Lipsa caietului pe sarcini întocmit potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Documentația de atribuire (Lista de fișiere care compun documentația de atribuire) a fost publicată fără caietul de sarcini ce trebuia să fie elaborat de autoritatea contractantă.

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire. Conform art. 20 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, documentația de atribuire include caietul de sarcini. Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărei lucrări să fie descrisă în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante - art. 20 alin. (10) din hotărâre.

De asemenea, autoritatea contractanta încalcă și art. 21 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Din cauza lipsei caietului de sarcini elaborat și aprobat de autoritatea contractantă, se constată că aceasta a inițiat procedura înainte ca documentația de atribuire și documentele suport, respectiv caietul de sarcini, să fie elaborate și semnate de aceasta din urmă. Caietul de sarcini din cadrul Proiectului tehnic este un document ce aparține proiectantului si este distinct de caietul de sarcini ce trebuia să fie elaborat și aprobat de autoritatea contractantă.

Ca temei de drept, au fost invocate prevederile menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

În punctul său de vedere nr. …./11.02..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. …../11.02....., ..., în calitate de autoritate contractantă susține, în apărare, referitor la codul CPV ales, că a avut în vedere la selectarea codului CPV Regulamentul (CE) nr. 213/2008 al Comisiei din 28 noiembrie 2007, de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2195/2002 al Parlamentului European și al Consiliului privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) și a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului în ceea ce privește procedurile de achiziții publice, în ceea ce privește revizuirea CPV, care la art. 1) prevede că: „Se stabilește un sistem de clasificare unic, aplicabil achizițiilor publice, denumit „Vocabularul comun privind achizițiile publice [Common Procurement Vocabulary (CPV)]".

Totodată, în actul normativ se prevede Structura sistemului de clasificare, respectiv:

„1. CPV cuprinde un vocabular principal și un vocabular suplimentar.

2. Vocabularul principal se bazează pe o structură ramificată de coduri de până la nouă cifre, cărora le corespunde o denumire care descrie produsele, lucrările sau serviciile care reprezintă obiectul contractelor de achiziție.

Codul numeric cuprinde 8 cifre, subdivizate după cum urmează:

- diviziuni, identificate prin primele două cifre ale codului (XX000000-Y);

- grupe, identificate prin primele trei cifre ale codului (XXX00000-Y);

- clase, identificate prin primele patru cifre ale codului (XXXX0000-Y);

- categorii, identificate prin primele cinci cifre ale codului (XXXXX000-Y).

Fiecare dintre ultimele trei cifre conferă un grad mai mare de precizie în interiorul fiecărei categorii. Cea de a noua cifră servește la verificarea cifrelor precedente."

Astfel, în documentația de atribuire, s-a precizat codul CPV 45330000-9 „*Lucrări de instalații de apă*", cod CPV care descrie tipul de produse menționat II.1.2) Cod CPV principal: „*Obiectul contractului*", constituit din *Înființare rețea de alimentare cu apă* și detaliat în documentația de atribuire, caietul de sarcini.

Astfel, având în vedere că „obiectul" prezentei achiziții publice constă în *Înființare rețea de alimentare cu apă*, autoritatea contractantă arată că a fost obligată să coreleze obiectul achiziției publice cu codul CPV care îl descrie cât mai exact, incidente în cauză fiind dispozițiile art.

16 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Mai mult, în cadrul caietului de sarcini, au fost materializate necesitățile, raportate la specificul activității și la faptul că se dorește achiziționarea unui anumit tip de lucrări, și anume *Înființare rețea de alimentare cu apă*, relevante fiind mențiunile din caietul de sarcini, unde s-au indicat exact caracteristicile tehnice.

Totodată, autoritatea contractantă susține că este singura în măsură să cunoască în mod exact necesitățile sale obiective și, în raport de cele menționate, a fost identificat un cod CPV care a descris cât mai exact obiectul principal al contractului de achiziție publică.

Referitor la cerința cu privire la experiența similară, autoritatea contractantă susține că solicitarea demonstrării acesteia printr-un singur contract, este justificată prin necesitatea asigurării prescripțiilor calitative din proiectul tehnic, eventuala lipsă de experiență reprezentând un motiv serios de diminuare a șanselor de realizare a proiectului la parametri de calitate așteptați. Lipsa unei astfel de experiențe anterioare este de natură a crea premise sporite pentru apariția de situații de neîndeplinire/îndeplinire defectuoasă a obligațiilor contractuale de către acel operator economic ceea ce ar periclita grav șansele de reușită ale proiectului. Lipsa de experiență este de natură a atrage prin sine însăși lipsa de capabilitate la nivelul operatorului economic, lucru de natură a se repercuta negativ asupra întregului proiect. Chiar din motivarea contestației „societatea noastră ar fi îndeplinit cerința minima de experiență similară în sumă de cel puțin 7.145.950,00 lei, fără TVA, la nivelul a doua contracte”, rezultă că ofertantul SC ..... SRL nu deține la acest moment capacitatea tehnică, profesională și financiară de a executa o lucrare atât de complexă.

Acest raționament este dedus și din concluziile formulate de contestator asupra acestui aspect, în sensul că aceasta solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la modificarea, prin publicarea unei erate, a cerinței minime cu privire la experiența similara conform art. 6 alin. (1) lit. b din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, sau după cum urmează: *„Ofertantul … trebuie să demonstreze …, faptul că în ultimii 5 ani a executat lucrări similare obiectului contractului – respectiv, lucrări pentru rețele de canalizare și/sau rețele de alimentare cu apă și/sau aducțiuni etc., în valoare cumulată de cel puțin 7.145.950,00 lei, fără TVA, LA NIVELUL A MAXIMUM TREI CONTRACTE*.”

În situația în care nu poate singur să îndeplinească această cerință, contestatorul are posibilitatea să se asocieze sau să participe împreună cu un terț susținător.

În ceea ce privește critica referitoare la cuantumul garanției de participare, de 5% din valoare estimată a contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă afirmă că va publica o erată prin care

va remedia situația existentă, modificând cuantumul garanției la 1% din valoare estimată a contractului de achiziție publică.

Autoritatea contractantă apreciază criticile contestatorului ca fiind neîntemeiate, solicitând Consiliului să respingă contestația ca nefondată.

Prin adresa nr. …./13.02....., înregistrată la CNSC sub nr. …../13.02....., contestatorul a transmis adresa denumită „Completare la contestația formulată de societatea noastră – dosar nr. ...../.....", prin care înțelege să reclame următoarele:

- netransmiterea de către autoritatea contractantă a punctului de vedere vizavi de contestația sa;

- nepublicarea în SICAP a contestației;

- publicarea răspunsului la o solicitare de clarificări doar în secțiunea de clarificări (unde văd doar participanții înscriși în procedură) și semnată electronic de expertul cooptat. Expertul cooptat nu apare menționat la nivelul fișei de date și nici la nivelul anunțului de participare simplificat.

Prin adresa nr. …../18.02....., înregistrată la CNSC sub nr. …../18.02....., autoritatea contractantă a transmis un răspuns la susținerile contestatorului, arătând că punctul său de vedere a fost transmis către acesta prin publicarea lui în SICAP în data de 08.02....., ora 12:42. De asemenea, arată că au fost publicate în SICAP și contestația și răspunsurile la solicitările de clarificări, în secțiunile corespunzătoare anunțului de participare simplificat. Cât privește persoana care a semnat electronic documentele respective, autoritatea contractantă învederează faptul că aceasta are calitatea de expert cooptat și consultant în achiziții publice al Primăriei, conform contractului de prestări servicii pe care îl depune, în probațiune, la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. …./.....-...../19.02....., Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea unui punct de vedere cu privire la toate argumentele regăsite în contestație, dovada înaintării acestuia către contestator, precum și copia documentelor care formează dosarul achiziției publice și a oricăror documente edificatoare, cu excepția acelora care sunt disponibile pentru a fi descărcate din SEAP.

Autoritatea contractantă a transmis răspunsul său, înregistrat la CNSC sub nr. …../19.02....., precizând ca a înaintat către contestator toate documentele solicitate și a publicat în SICAP informațiile necesare, precum și că a transmis spre validare o erata pentru anunțul de participare aferent acestei proceduri.

De asemenea, subliniază faptul că răspunsul său la criticile din cuprinsul contestației au fost transmise anterior Consiliului, conform adreselor transmise CNSC în data de 07.02....., 11.02..... și 18.02.....

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. …../27.02....., autoritatea contractantă a depus, în probațiune, copia strategiei de contractare.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „....", cod CPV 45330000-9 – Lucrări de instalații de apă (Rev.2) prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat nr. ...../....., cu o valoare estimată de 7.145.950 lei, fără TVA. Depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 15.03....., ora 15:00.

În cadrul procedurii, SC ..... SRL a formulat contestația de față (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Prin încheierea nr. …./...../...../08.02....., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii de atribuire, respingând-o, ca nefondată.

Pe fond, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține următoarele:

Față de prima critică a contestatorului, se observă că, potrivit strategiei de contractare, obiectul achiziției constă în lucrări de „Înființare rețea de alimentare cu apa în comuna ....., județul .....", încadrate de autoritatea contractantă în codul CPV principal 45330000-9 – Lucrări de instalații de apă (Rev.2).

În conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 213/2008, Anexa I:

„2. Vocabularul principal se bazează pe o structură ramificată de coduri de până la nouă cifre, cărora le corespunde o denumire care descrie produsele, lucrările sau serviciile care reprezintă obiectul contractelor de achiziție.

Codul numeric cuprinde 8 cifre, subdivizate după cum urmează:

- diviziuni, identificate prin primele două cifre ale codului (XX000000-Y);
- grupe, identificate prin primele trei cifre ale codului (XXX00000-Y);
- clase, identificate prin primele patru cifre ale codului (XXXX0000-Y);
- categorii, identificate prin primele cinci cifre ale codului (XXXXX000-Y)".

Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) reprezintă un sistem unic de clasificare aplicabil achizițiilor publice, cu scopul de a unifica referințele folosite de entitățile și autoritățile contractante pentru descrierea obiectului achiziției. Așadar, autoritățile contractante ar trebui să încerce să găsească codul care descrie cu cea mai mare acurateţe achiziţia avută în vedere, în cazul în care nivelul de precizie al CPV este insuficient, acestea putându-se raporta la diviziunea, grupul, clasa sau categoria care descriu cel mai bine achiziția avută în vedere - un cod mai general care să poată fi recunoscut prin faptul că are mai multe cifre zero.

Prin urmare, vocabularul principal se bazează pe o structură arborescentă alcătuită din coduri formate din maxim 9 cifre, de unde rezultă că între diviziuni, grupe, clase și categorii trebuie să existe o legătură.

În prezenta procedură, Consiliul constată că autoritatea contractantă a ales codul CPV 45330000-9 – Lucrări de instalații de apă (Rev.2), respectiv diviziunea 45 – construcții, grupa 453 - Lucrări de instalații pentru clădiri, clasa 4533 – Lucrări de instalaţii de apă.

Așa cum rezultă din documentele achiziției, prin prezenta procedură se urmărește obținerea de lucrări privind înființarea unei rețele de alimentare cu apă în ....., județul ....., care cuprinde, în principal, lucrări exterioare, iar clasa 4533 aferentă categoriei 45330000-9 – Lucrări de instalații de apă, deși face referire la lucrări de instalații de apă, acestea sunt corespunzătoare instalațiilor pentru clădiri, din grupa 453.

Având în vedere că, potrivit definiției dată de dicționarul limbii române, o rețea de distribuție reprezintă *„ansamblu de ramificații prin care se distribuie consumatorilor dintr-un oraș apa, gazele, electricitatea*”, raportat la ansamblul de lucrări necesare a fi executate în cadrul viitorului contract de achiziție publică, Consiliul constată că, în fapt, prezenta achiziție nu are ca obiect instalații de apă aferente unei clădiri, ci lucrări corespunzătoare înființării unei rețele de alimentare cu apă, prin urmare, lucrări publice, care fac parte din diviziunea 45– Lucrări de construcții, însă aparțin grupei 452 - Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice, în cuprinsul căreia pot fi identificate următoarele clase:

- 4521 - Lucrări de construcţii de clădiri,
- 4522 - Lucrări de inginerie şi de construcţii,
- 4523 Lucrări de construcţii de conducte, de linii de comunicaţii şi electrice, de autostrăzi, de şosele, de aerodromuri şi de căi ferate; lucrări de nivelare,
- 4524 Lucrări de construcţii de lucrări hidraulice;
- 4525 Lucrări de construcţii de uzine, de exploatări miniere şi de uzine de fabricaţie şi de construcţii pentru industria petrolului şi a gazului,
- 4526 Lucrări de acoperire şi alte lucrări speciale de construcţii.

În clasa 45230000-8 sunt incluse Lucrări de construcţii de conducte, de linii de comunicaţii şi electrice, de autostrăzi, de şosele, de aerodromuri şi de căi ferate; lucrări de nivelare, care cuprinde și categoria 45232150-8 Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă, similare lucrărilor pe care autoritatea contractantă urmărește a le achiziționa.

Astfel, se constată că alegerea codului CPV 45330000-9 – Lucrări de instalații de apă (Rev.2) nu este corespondent obiectului achiziției, drept care, ținând cont de dispozițiile art. 16 alin. (2) din HG nr.

395/2016, Consiliul urmează să admită această critică a contestatorului, autoritatea contractantă fiind obligată la adoptarea unor măsuri de remediere în sensul punerii în acord a codului CPV stabilit prin documentele achiziției cu cel care descrie cât mai exact obiectul achiziției, conform celor reținute mai sus.

În ceea ce privește critica din cuprinsul contestației vizând cuantumul garanției de participare, stabilit de autoritatea contractantă la 5% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică, Consiliul reține că, prin punctul său de vedere, ... arată că se obligă să publice „o erată prin care vom remedia situația existentă prin care vom modifica cuantumul garanției în valoare de 1%”. Cu toate acestea, din informațiile regăsite în SICAP, asociat anunțului de participare simplificat aferent prezentei proceduri de achiziție publică, se observă că autoritatea contractantă nu a publicat, până la data emiterii prezentei decizii, nicio erată prin care să rectifice cuantumul garanției de participare solicitat prin fișa de date a achiziției.

Ținând cont de dispozițiile art. 35 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv *„Anunţul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conţină următoarele informaţii privind constituirea garanţiei de participare: a) valoarea, ce nu poate depăşi 1% din valoarea estimată a contractului de achiziţie publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent; (…)*”, Consiliul constată că prin cap. III.1.6.a) Garanție de participare, din fișa de date, autoritatea contractantă a impus o valoare a garanției de participare de 357.298 lei, ceea ce reprezintă mai mult de 1% din valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, de 7.145.950 lei.

Pe cale de consecință, Consiliul reține caracterul fondat al criticii analizate mai sus, aceasta urmând a fi admisă, autoritatea contractantă fiind obligată la adoptarea unor măsuri de remediere în sensul modificării cuantumului garanției de participare la o valoare corespunzătoare dispozițiilor legale anterior citate, respectiv maxim 1% din 7.145.950 lei, valoarea estimată a prezentului contract de achiziție publică.

Referitor la cerința privind experiența similară stabilită de autoritatea contractantă, apreciată disproporționată de către contestator, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, cap. II.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesională, Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, s-au solicitat următoarele:

„Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii de operatori economici împreuna) trebuie sa demonstreze prin prezentarea de certificate /documente relevante / procese-verbale de recepție /recomandări etc., contrasemnate de către beneficiarii lucrărilor din sectorul public sau privat, faptul ca în ultimii 5 ani a executat lucrări similare obiectului contractului – respectiv, lucrări pentru rețele de canalizare si/sau rețele de alimentare cu apa

si/sau aducțiuni etc., in valoare cumulata de cel puțin 7.145.950,00 lei fără TVA, la nivelul unui singur contract”.

În opinia contestatorului, cerința minimă cu privire la experiența similară este restrictivă prin raportare la numărul minim de contracte necesare demonstrării îndeplinirii acesteia, respectiv la nivelul unui singur contract.

În soluționare este reținută relevanța dispozițiilor art. 6 din Instrucțiunea nr. 2/2017, emisă de ANAP în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, conform cărora:

„(1) Autoritatea/Entitatea contractantă are următoarele variante de formulare a cerinţei legate de numărul minim (un contract)/maxim de contracte, în relaţia cu un anumit nivel minim stabilit pentru experienţa similară, excepţia menţionată la art. 3 alin. (4) fiind aplicabilă după caz:

a) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror valoare a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depăşeşte, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul unui contract;

***b)** furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depăşeşte, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul a maximum "X" contracte (număr stabilit de către autoritatea/entitatea contractantă);*

***c)** furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depăşeşte, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici;*

d) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror cantitate a fost de minimum "X" buc./km/mp etc. (cantitate ce nu depăşeşte, ca regulă generală, cantitatea de produse/servicii/lucrări ce urmează a fi furnizate/prestate/executate prin contractul de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce va fi atribuit) la nivelul unui contract;

e) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror cantitate cumulată a fost de minimum "X" buc./km/mp etc. (cantitate ce nu depăşeşte, ca regulă generală, cantitatea de produse/servicii/lucrări ce urmează a fi furnizate/prestate/executate prin contractul de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce va fi atribuit) la nivelul a maximum "X" contracte (număr stabilit de către autoritatea/entitatea contractantă);

f) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror cantitate cumulată a fost de minimum "X" buc./km/mp etc. (cantitate ce nu depăşeşte, ca regulă generală, cantitatea de produse/servicii/lucrări ce urmează a fi furnizate/prestate/executate prin contractul de achiziţie

publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce va fi atribuit) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici.

(2) Prin excepţie de la alin. (1), în cazul aplicării procedurii simplificate prevăzute la art. 113 din Legea nr. 98/2016, cu completările ulterioare, respectiv art. 126 din Legea nr. 99/2016, autoritatea/entitatea contractantă va formula cerinţa de calificare referitoare la experienţa similară ***numai în variantele menţionate la alin. (1) lit. b), c), e) sau f),*** *având în vedere că în cazul acestui tip de procedură de atribuire se poate invoca susţinerea unei terţe părţi pentru îndeplinirea plafonului aferent criteriului referitor la experienţa similară doar pentru maximum 50% din nivelul acestuia*."

Astfel, având în vedere că suntem în prezența unei proceduri simplificate, se observă că autoritatea contractantă era ținută ca, în stabilirea cerinței în discuție, să se raporteze la una dintre variantele indicate de legiuitor, conform celor expuse mai sus.

În această situație, Consiliul constată că stabilirea nivelului cantitativ aferent demonstrării cerinței privind experiența similară, la un singur contract, este disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, aspect contrar dispozițiilor art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Relevante în soluționare vor fi reținute însă și informațiile regăsite în strategia de contractare întocmită de autoritatea contractantă în prezenta procedură, referitoare la justificarea cerinței privind experiența similară lit. C – cerința nr. 1 „*Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii de operatori economici împreuna) trebuie sa demonstreze prin prezentarea de certificate /documente relevante / procese-verbale de recepție /recomandări etc., contrasemnate de către beneficiarii lucrărilor din sectorul public sau privat, faptul ca în ultimii 5 ani a executat lucrări similare obiectului contractului – respectiv, lucrări pentru rețele de canalizare si/sau rețele de alimentare cu apa si/sau aducțiuni etc., in valoare cumulata de cel puțin 7.145.950,00 lei fără TVA, la nivelul unui singur contract (….)* ***Justi*** *art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 (…).*

Demonstrarea de către ofertanți a unui nivel al experienței similare în ultimii 5 ani, prin dovedirea faptului că, în ultimii 5 ani au executat lucrări similare, reprezintă un plus de siguranță pentru autoritatea contractantă că, în cazul în care operatorul va fi desemnat câștigător, va putea îndeplini contractul în mod corespunzător (…). A fost stabilită ***l d 2 co*** *pentru a se asigura autoritatea contractantă că ofertantul câștigător are capacitatea de a derula un contract cu o importanță deosebită, precum cel de față. Un operator care a executat lucrări similare în valoarea solicitată prin cumularea a mai mult de 2 contracte reprezintă un factor de risc extrem de scăzut în derularea contractelor, având în vedere calitatea lucrărilor ce urmează a fi executate în cadrul unui singur contract, respectiv dorim să ne asigurăm că operatorii semnatari ai contractelor au capacitatea de a executa lucrările în conformitate cu cerințele de calitate regăsite în documentația de atribuire, în termenul stabilit prin proiectul tehnic".*

Potrivit dispozițiilor art. 9 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, strategia de contractare este un document al fiecărei proceduri de achiziție publică cu o valoare estimată egală sau mai are decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, așa cum este și prezenta procedură, prin intermediul căreia se documentează deciziile din etapa de pregătire/planificare a achiziției, inclusiv în legătură cu justificările privind criteriile de calificare.

Or, din cele anterior expuse, rezultă că deși în justificarea prezentată în strategia de contractare, autoritatea contractantă a apreciat ca necesar și suficient limitarea la 2 contracte la care să se raporteze ofertanții pentru demonstrarea nivelului cantitativ aferent experienței similare, aceasta a impus, prin modul de redactare al cerinței în cauză, demonstrarea faptului ca în ultimii 5 ani au fost executate lucrări similare obiectului contractului în valoare cumulată de cel puțin 7.145.950,00 lei fără TVA, la nivelul unui singur contract.

Având în vedere că între modul de redactare al cerinței și motivarea alegerii acesteia trebuie să existe o corelare fără echivoc, precum și faptul că justificarea prezentată de autoritatea contractantă, în strategia de contractare, se subsumează rigorilor legiuitorului în ceea ce privește condițiile de care trebuie să țină seama autoritățile contractante la stabilirea criteriilor de calificare în cazul procedurilor simplificate, Consiliul apreciază că se impune remedierea cerinței privind experiența similară din toate documentele achiziției, în sensul redactării acesteia conform motivării prezentate de autoritate în strategia de contractare la lit. C – cerința nr. 1, Justificare, respectiv „*Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii de operatori economici împreuna) trebuie sa demonstreze prin prezentarea de certificate /documente relevante / procese-verbale de recepție /recomandări etc., contrasemnate de către beneficiarii lucrărilor din sectorul public sau privat, faptul ca în ultimii 5 ani a executat lucrări similare obiectului contractului – respectiv, lucrări pentru rețele de canalizare si/sau rețele de alimentare cu apa si/sau aducțiuni etc., in valoare cumulata de cel puțin 7.145.950,00 lei fără TVA, la nivelul a maxim 2 contracte*”.

Pe cale de consecință, critica din cuprinsul contestației, cu privire la acest aspect, va fi admisă conform celor reținute mai sus, stabilirea unui nivel cantitativ la un număr maxim de 2 contracte în vederea demonstrării experienței similare fiind concordantă dispozițiilor legale incidente, invocate mai sus.

Referitor la codul unic de identificare a procedurii, față de care contestatorul susține că nu respectă prevederile legale în vigoare, respectiv art. 4 din Anexa nr. 1 la HG nr. 419/2018, Consiliul reține că acesta a fost emis în aplicarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) din OUG nr. 98/2017 privind funcţia de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziţie publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale şi a contractelor de concesiune

de lucrări şi concesiune de servicii din 08.06.2018, articol care însă a fost abrogat, la data de 29.12.2018, prin OUG nr. 114/2018.

În contextul în care singurele aspecte de nelegalitate invocate de contestator în susținerea acestei critici fac referire la nerespectarea unor dispoziții legale, care în prezent sunt abrogate, și în lipsa și a altor argumente din care să rezulte caracterul vătămător pentru contestator al codului unic de identificare a procedurii stabilit de autoritatea contractantă, această critică va fi respinsă, ca nefondată.

În ceea ce privește ultimele două critici din cuprinsul contestației, Consiliul constată că acestea fac referire la lipsa din documentele publicate în SICAP, asociat anunțului de participare simplificat, a caietului de sarcini, parte componentă a documentației de atribuire, conform dispozițiilor art. 20 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, fiind astfel încălcate, în opinia contestatorului, prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, care obligă autoritatea contractantă la a elabora o ..... de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

Referitor la acest aspect, se observă că, într-adevăr, în documentele publicate de autoritatea contractantă în SICAP, nu se regăsește o secțiune intitulată caiet de sarcini, întocmită, în mod expres, de către aceasta. Însă, având în vedere definiția dată de legiuitor caietului de sarcini, conform prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, rezultă că acesta este un document care conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

În soluționare, Consiliul reține că autoritatea contractantă a publicat, în SICAP, alături de fișa de date a achiziției, modelul de contract și formularele aferente, un număr de aproape 50 de documente conținând cerințe, prescripții și caracteristici de natură tehnică în baza cărora ofertanții urmează să își întocmească propunerile lor tehnice.

Cu titlu de exemplu este prezentat documentul intitulat „02.02 Vol.II_PT_Caiet de Sarcini_Alimentare cu apa TARTASESTI_2018_Rev3a.pdf”, reprezentând Proiectul Tehnic, Detaliile de execuţie și Caietele de Sarcini întocmite de proiectant, în baza cărora se vor executa lucrările supuse achiziției, din cuprinsul căruia se observă că acesta conție:

„1.2 Specificaţii tehnice pentru execuţia lucrărilor

1.2.1 Generalităţi

Prin instrucţiunile tehnice cuprinse în Caietul de Sarcini se stabilesc condiţiile tehnice minime ce trebuiesc îndeplinite pentru realizarea în condiţii

de calitate corespunzătoare a lucrărilor de construcţii din cadrul obiectului de investiţii.

Prezentele instrucțiuni tehnice sunt specifice lucrărilor necesare pentru realizarea sistemului de alimentare cu apa in ....., jud. .....".

Chiar dacă documentul în sine este întocmit de proiectant, faptul că el nu a fost preluat sub antetul autorității contractante nu conduce la concluzia că aceasta din urmă nu și l-a asumat, astfel că o eventuală admitere a acestei critici, cu consecința obligării autorității contractante la reeditarea respectivelor înscrisuri, sub semnătura sa, reprezintă un aspect formal, având ca singur rezultat prelungirea nejustificată a procedurii. Mai mult, Consiliul reține că societatea contestatoare nu formulează critici în sensul că se află în imposibilitatea întocmirii unei oferte conforme, urmare a absenței unor informații necesare elaborării unei propuneri tehnice corespunzătoare.

Cu toate acestea, ținând cont că prin fișa de date, IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se face referire la faptul că „*Propunerea tehnică va respecta întocmai cerințele si caracteristicile din caietul de sarcini. Cerințele impuse in caietul de sarcini sunt considerate cerințe minime si obligatorii, nerespectarea acestora ducând la respingerea ofertei. Elementele propunerii tehnice vor fi prezentate detaliat si complet în corelație cu prevederile caietului de sarcini. (…)*", autoritatea contractantă va indica documentele pe care le apreciază ca făcând parte din caietul de sarcini, așa cum este acesta definit la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Cât privește susținerile contestatorului transmise cu adresa nr. …….13.02....., înregistrată la CNSC sub nr. …./13.02....., denumită „Completare la contestația formulată de societatea noastră – dosar nr. ...../.....", Consiliul constată, pe de o parte, că cele reclamate în cuprinsul acesteia fac referire la aspecte care țin de respectarea de către autoritatea contractantă a obligațiilor sale, urmare a primirii unei contestații, conform dispozițiilor Legii nr. 101/2016, aspecte care au fost remediate de autoritate, prin corespondența electronică trimisă contestatorului în data de 19.02....., respectiv publicarea contestației, în SICAP, în data de 15.02....., în secțiunea Lista clarificări, notificări și decizii, alături de răspunsurile la solicitările de clarificări primite din partea operatorilor economici interesați.

Cât privește faptul că documentele achiziției au fost semnate electronic de expertul cooptat, Consiliul reține că această critică nu s-a regăsit și în cuprinsul contestației, fiind astfel inadmisibilă, în considerarea dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „*Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/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*."

Având în vedere că, în urma analizei efectuate, nu s-au identificat elemente care să conducă la imposibilitatea adoptării unor măsuri de remediere, data limită pentru depunerea ofertelor fiind 15.03.....,

Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere subsidiar, de anulare a procedurii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să aducă modificările menționate în considerentele prezentei decizii la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la această procedură de atribuire, prin publicarea lor în SICAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art.161 din Legea nr. 98/2016.

În baza art. 26 alin. (6) din același act normativ, Consiliul va respinge, ca nefundat, capătul de cerere subsidiar vizând anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să aducă modificările menționate în considerentele prezentei decizii la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la această procedură de atribuire, prin publicarea lor în SICAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art.161 din Legea nr. 98/2016.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere subsidiar, de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET, MEMBRU, MEMBRU,

....