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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 388 din data de 10.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18842 din data de 10.05.2018, formulată de ....SA, în calitate de lider al asocierii ....SA - .... CONSTRUCT SA, în continuare „asocierea ....SA - .... CONSTRUCT SA”, cu sediul social în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ...., având Cod de Identificare Fiscală ...., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin director general, ..., împotriva „comunicării nr. 1.6./388/27.04.2018”, document emis de către ...., cu sediul social în ...., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire „simplificată” - într-o singură etapă, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „LUCRĂRI DE REPARAȚIE .....”, cod CPV: 45234100-7 (Rev.2), s-au solicitat următoarele: anularea Comunicării nr. 1.6./388/27.04.2018 și a actelor subsecvente acesteia; obligarea entității contractante să reanalizeze oferta Asocierii ....SA - .... CONSTRUCT SA .

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația depusă, „asocierea ....SA - .... CONSTRUCT SA”, în calitate de ofertant în procedura de atribuire „simplificată” - într-o singură etapă, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în

vederea atribuirii contractului având ca obiect „....”, cod CPV: 45234100-7 (Rev.2), a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

....SA arată că prin comunicarea nr. 1.6./388/27.04.2018, oferta asocierii a fost declarată inacceptabilă, entitatea contractantă considerând că aceasta nu îndeplinește cerințele de calificare stabilite prin documentația de atribuire, respectiv cerințele privind capacitatea tehnică și profesională să fie proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract și că, nu a completat DUAE cu cerințele privind capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.

În contradicție cu Entitatea contractantă, contestatoarea susține că, motivele invocate de aceasta au fost stabilite fără o evaluare corectă și concludentă a ofertei sale, respectiv a DUAE-ului prezentat, cu neluarea în considerare a tuturor prevederilor legale incidente.

Contestatoarea susține că, a completat în mod corespunzător și cu respectarea prevederilor legale documentul DUAE, respectiv fără a bifa că deține experiență similară atâta timp cât, fiind într-o asociere formată din ....SA - .... CONSTRUCT SA, cerința privind capacitatea tehnico-economică a fost îndeplinita de către asociatul .... CONSTRUCT SA care a și completat formularul DUAE în acest sens, având în vedere faptul că, experiența similară a unuia dintre membrii asocierii beneficiază întregii asocieri prin raportare la prevederile art. 199 din Legea nr. 99/2016. Contestatoarea susține că, documentele prezentate în dovedirea experienței similare atestă, la nivelul Asocierii ....SA - .... CONSTRUCT SA, o experiență similară care excede cu mult obiectul contractului ce face obiectul cauzei, fiind cu mult superioară din punctul de vedere al complexității și scopului acestuia.

Contestatoarea susține că, eroarea la care face referire entitatea contractantă nu reprezintă o inadvertență de fond ci una de formă și consideră că, se impunea o corespondență de confirmare/clarificare și, eventual, de corectare a acestui pretins viciu, care nu i-ar fi creat vreun avantaj, având în vedere că, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională fusese deja dovedită de către Asocierea ....SA - .... CONSTRUCT SA prin raportare la prevederile art. 199 din Legea 99/2016 coroborat cu art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017.

Prin prisma prevederilor art. 191 din Legea nr. 99/2016 coroborat cu principiul „cine poate mai mult poate și mai puțin”, contestatoarea susține că asocierea ....SA - .... CONSTRUCT SA a demonstrat integral cerința privind experiența similară solicitată, fiind fără relevanță daca ....a completat în formularul DUAE că nu deține experiența similară, ceea ce era și adevărat, însă această experiență a fost acoperită de asociatul .... CONSTRUCT SA.

Prin adresa nr. 19085/..../..../11.05.2018, Consiliul a solicitat entității contractante să transmită copia dosarului achiziției, copia DUAE

depuse de cei doi membri ai asocierii contestatoare, punctul de vedere cu privire la contestație, dovada comunicării acestuia către asocierea contestatoare, precum și orice alte documente pe care le consideră edificatoare.

Prin adresa nr. 1.6/459/21.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 20465/22.05.2018, entitatea contractantă a comunicat, în original, Punctul de vedere nr. 1.6/448/2018 și în copie, documentele solicitate.

Entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, susținând totodată că, își menține punctul de vedere transmis prin comunicarea nr 1.6/388/27.04.2018 cu privire la respingerea ofertei depuse ca inacceptabilă, punct de vedere susținut și prin a doua comunicare nr. 1.6/383/07.05.2018, ca urmare a notificării prealabile nr. 359/02.05.2018.

Entitatea contractantă susține că, în luarea deciziei, a avut în vedere prevederile legale precum și Notificarea nr. 245/ 01.09.2016 a Ministerului Finanțelor Publice - Agenția Națională pentru Achiziții Publice, Notificare privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale, conform cărora *„situațiile care conduc la respingerea ofertei fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond”,* întrucât informațiile completate de Asocierea ....SA - SC .... CONSTRUCT nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare formulate în fișa de date a achiziției.

Entitatea contractantă arată că, în cadrul procedurii au fost depus oferte, patru operatori economici: .... SA și contestatoarea - Asocierea ....- ....SA - SC .... CONSTRUCT SA.

Formularul DUAE al ofertantului COMPANIA CONSTRUCȚII FEROVIARE SA a fost completat cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire, nefiind solicitate clarificări, aspect consemnat în Procesul verbal nr. 1, înregistrat cu nr. 1.6/368/27.04.2018.

În urma analizării Formularului DUAE al ofertantului Asocierea ....SA - SC .... CONSTRUCT SA, s-a luat hotărârea respingerii ofertei, conform prevederilor art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, fiind considerată inacceptabilă, comunicând ofertantului prin intermediul SEAP, la Secțiunea „întrebări” a anunțului de participare simplificat, prin adresa 1.6/338/27.04.2018, motivele ce au stat la baza respingerii.

În urma notificării nr. 359/02.05.2018 a Asocierii ....SA - SC .... CONSTRUCT SA, înregistrată la sediul Sucursalei Regionala CF Iași cu nr. 1.6/349/02.05.2018, s-a reanalizat oferta ținând seama de cele invocate în Notificare și a luat hotărârea menținerii punctului de vedere transmis prin comunicarea nr 1.6/388/27.04.2018, cu privire la respingerea ofertei Asocierii ....SA - SC .... CONSTRUCT SA ca inacceptabilă, aspect consemnat în Procesul verbal nr. 2 - 1.6/381/ 07.05.2018 și a transmis ofertantului prin adresa nr. 1.6/383/07.05.2018 aceasta hotărâre.

În continuare, entitatea contractantă prezintă punctual argumentele sale privind aplicabilitatea legislației în domeniu, invocată de contestatoare.

Referitor la prevederile art. 199 din Legea nr. 99/2016 care este invocat în contestație, entitatea contractantă menționează că, acestea se referă la susținerea capacității tehnice și profesionale de către terț, nefiind aplicabile în această situație, în care ofertantul reprezintă o asociere.

Referitor la art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/19.04.2017, entitatea contractantă menționează că la elaborarea documentației de atribuire a ținut seama de această prevedere, dar a uzat și de dreptul legal, prevăzut la art. 67 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la nesolicitarea de clarificări, potrivit art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă susține că, informațiile completate de Asocierea ....SA - SC .... CONSTRUCT nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare formulate în fișa de date a achiziției, încadrându-se în categoria inadvertențelor de fond, pentru care nu există posibilitatea de a solicita clarificări fără încălcarea principiului privind tratamentului egal și nediscriminatoriu al ofertanților și a prevederilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, în raport cu celălalt participant la procedura de achiziție publică, care a înțeles cerințele documentației de atribuire.

Entitatea contractantă susține că, în Formularul DUAE al ....SA - Partea a IV - Criterii de selecție - Cap. C - Capacitatea tehnică și profesională, acesta nu a completat rubrica „Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat” cu informațiile privind modul de îndeplinire a cerințelor de capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract, conform art. 37 alin. (3) din HG nr. 394/2016. Având în vedere că, liderul de asociere ....SA urmează să îndeplinească 51 % din contractul de achiziție publică, acesta trebuia să prezinte inițial în Formularul DUAE, o listă a principalelor lucrări similare cu obiectul procedurii executate în ultimii 5 ani, în valoare cumulată de minim 301.053 lei (reprezentând 51 % din valoarea minimă solicitată ca experiență similară).

Pentru asociatul SC .... CONSTRUCT SA pentru dovedirea experienței similare, comisia de evaluare a luat în considerare experiența acestuia, proporțional cu cota de implicare de 49 % în contract, prezentând contracte de cel puțin 289.247 lei, îndeplinind inițial cerința.

Având în vedere că, informațiile solicitate nu s-au regăsit precizate nici în Formularul DUAE, nici în conținutul documentelor ofertei depuse de Asocierea ....SA - SC .... CONSTRUCT SA, entitatea contractantă susține că, ofertantul nu a făcut dovada inițiala ca îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate, situația se încadrează

ca inadvertență de fond, ceea ce a condus la respingerea ofertei fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

...., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată” - într-o singură etapă, fără etapă finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „....”, cod CPV: 45234100-7 (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului simplificat nr. 426039/28.03.2018, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 26.04.2018 ora 15:00.

Din informațiile anunțului de participare simplificat, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului ce urmează a se încheia, este de 590.386,56 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Conform procesului verbal de vizualizare oferte nr. 1.6/368/ 27.04.2018, au fost depuse 4 oferte, cea aparținând asocierii ....SA - SC .... CONSTRUCT SA a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece, prin faptul că asociatul ....SA nu a completat rubrica privind experiența similară, deși la punctul III.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – pct. d) din fișa de date a achiziției, se precizează „Fiecare operator economic membru al asocierii va prezenta DUAE în care vor include informațiile cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor de capacitate tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract, conform art. 37 alin 3 din HG 394/2016”.

Prin prezenta contestație, ...SA formulează critici cu privire la motivul de respingere a ofertei asocierii ....SA - SC .... CONSTRUCT SA, susținând că prevederile legale invocate în părți permit demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare prin cumul în cazul asocierii mai multor operatori economici.

Consiliul reține că entitatea contractantă invocă faptul că a formulat cerința de calificare mai sus menționată, ca drept al său, în temeiul prevederilor art. 37 alin. (3) din HG nr. 394/2016, respectiv ”În aplicarea prevederilor art. 67 alin. (5) din Lege, entitatea contractantă are dreptul de a impune prin documentația de atribuire, ca în situația în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriile referitoare la capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract sectorial/acord-cadru”.

De asemenea, Consiliul reține că nici operatorii economici, în perioada de întocmire a ofertei, nici contestatoarea, în susținerile sale, nu prezintă motive concrete din care să rezulte că exercitarea dreptului statuat prin prevederea legală mai sus menționată de către entitatea

contractantă este nejustificată fie prin raportare la obiectul contractului de achiziție, fie prin raportare la gradul de complexitate sau conduce la încălcarea principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, ci se limitează la invocarea altor prevederi legale care permit cumulul în cazul unei asocierii de operatori economici.

Totodată, Consiliul reține că ofertanții au obligația de a demonstra îndeplinirea cerințelor de calificare așa cum a fost solicitată prin documentația de atribuire, nerespectarea acestei obligații conducând la respingerea ofertei în temeiul prevederilor art. 143 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv „(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. (2) În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă;".

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul constată că entitatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta asocierii ....SA - .... CONSTRUCT SA, cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, reținut fiind și faptul că o eventuală solicitare de completare a DUAE sau de prezentare a unui DUAE nou, ar reprezenta pentru ofertant, un avantaj de natura celor încadrabile în dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv „Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.", precum și faptul că, nici în notificarea prealabilă sau în contestație, deși este invocată lipsa solicitării de clarificări ca fiind nelegală, nu se regăsesc documente din care să rezulte că, în cazul solicitării de clarificări, contestatoarea ar putea demonstra îndeplinirea cerinței privind experiența similară conform documentației de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ....SA, în calitate de lider al asocierii ....SA - .... CONSTRUCT SA, în contradictoriu cu ...., în calitate de entitate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10

zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ....SA, în calitate de lider al asocierii ....SA - .... CONSTRUCT SA, în contradictoriu cu ...., în calitate de entitate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.