



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr...../...../.....

Data:

Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., depusă de SC SRL, cu sediul în municipiul, ..., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SA, reprezentată convențional de, cu sediul procesual ales în, privind procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ".....", cod CPV 45233120-6, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- în principal, anularea comunicării nr. 101/07.03....., a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocieria formată din SRL - SA, cu consecința declarării acesteia drept admisibilă;
- în subsidiar, în măsura în care Consiliul va respinge în tot sau în parte capetele de cerere formulate în principal, solicită anularea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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 SC SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă i-a transmis solicitarea de clarificări nr. 91/22.02....., prin care i-a solicitat transmiterea de documente suport pentru clarificarea procentului executat în cadrul contractului de lucrări ce a avut ca obiect „Reabilitare și modernizare drumuri comunale .. afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ...”.

La această solicitare, contestatorul menționează că a răspuns prin adresa nr. 689/27.02....., la care a atașat toate documentele suport solicitate de către autoritatea contractantă.

Ulterior, contestatorul arată că, prin adresa nr. 101/07.03....., autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În acest sens, comisia de evaluare a reținut următoarele: “Astfel, S.C. S.A. demonstrează că a fost responsabilă pentru 100% din Contractul de lucrări "Reabilitarea și modernizarea drumuri comunale ... afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ...”, încheiat cu Comuna ..., fără a face și dovada că a executat lucrări similare în cadrul contractului declarat, aceste lucrări fiind executate de către S.C. ... S.R.L., fapt demonstrat prin documente justificative, răspunsul prezentat de ASOCIEREA S.C. S.R.L. - Lider Asociere, S.C. S.A. - Asociat și S.C. ... S.R.L -Subcontractant fiind unul neconcludent”.

La data de 13.03....., contestatorul arată că, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 și în termen legal, a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 2148/13.03....., la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 114/16.03....., refuzând adoptarea oricăror măsuri de remediere.

În continuare, contestatorul demonstrează caracterul nelegal al comunicării și admisibilitatea ofertei sale, având în vedere că:

- autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a motiva decizia de respingere a ofertei sale;
- oferta sa îndeplinește cerința 1 din cadrul Capitolului III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, fiind astfel admisibilă, și societatea sa a răspuns concludent la solicitarea de clarificări.

2. Nelegalitatea comunicării

2.1. Comunicarea nu cuprinde motivele concrete care au stat la baza respingerii ofertei sale

Contestatorul arată că art. 65 alin. (3) din HG nr. 395/2016 prevede că, în urma finalizării fazei de verificare a DUAЕ, autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant respins motivele care au stat la baza acestei decizii, cu respectarea prevederilor cap. IV, secțiunea 13 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (art. 214-215).

Art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 instituie obligația autorității contractante de a cuprinde în comunicarea adresată ofertantului

care a prezentat o ofertă inacceptabilă, motivele concrete care au stat la baza deciziei sale.

Contestatorul susține că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a demonstrat în mod detaliat faptul că îndeplinește cerința privind experiența similară, arătând, *inter alia*, că prin fișa de date a achiziției s-a solicitat precizarea "*ponderii și/sau activităților pentru care ofertantul a fost responsabil*".

În acest sens, contestatorul precizează că a anexat, documente doveditoare din care rezultă fără putință de tăgadă că societatea sa a fost responsabilă pentru execuția a 100% din contractul de lucrări încheiat cu Comuna

Cu toate acestea, contestatorul arată că, prin comunicare, autoritatea contractantă s-a rezumat la a preciza faptul că:

- societatea sa nu a îndeplinit cerința „*Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în valoare cumulată de minim 4.000.000 lei fără TVA la nivelul unui singur contract sau a mai multor contracte*”;

- „*(...) prezenta procedură presupune încheierea unui contract de lucrări pentru execuție lucrări de drum pentru îmbrăcăminte rutieră din beton, astfel cum a fost stabilită prin FDA, iar ofertantul clarificările/completările transmise nu sunt concludente*”;

- „*analizând documentele prezentate, comisia de evaluare constată că ofertantul S.C. S.A nu a executat efectiv lucrările în contractul de lucrări, nefăcând astfel dovada experienței similare*”.

Așadar, contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă nu a indicat, în concret considerentele pe care se sprijină concluzia de mai sus, respectiv motivele pentru care argumentele prezentate prin răspunsul la solicitarea de clarificări, precum și documentele suport anexate acesteia nu au fost luate în considerare.

Totodată, contestatorul arată că, din comunicare reiese clar că, autoritatea contractantă și-a fundamentat decizia de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă în baza afirmațiilor și documentelor furnizate de un alt participant la prezenta procedură.

Contestatorul arată că motivarea este o condiție de legalitate externă a actului, care face obiectul unei aprecieri *in concreto*, după natura acestuia și contextul adoptării sale, iar obiectivul său este prezentarea într-un mod clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului.

Așadar, motivarea actului administrativ urmărește o dublă finalitate:

- îndeplinește, în primul rând, o funcție de transparență în favoarea beneficiarilor actului, care vor putea, astfel, să verifice dacă actul este sau nu întemeiat;

- permite, de asemenea, instanței să realizeze controlul său jurisdicțional, deci în cele din urmă permite reconstituirea raționamentului efectuat de autorul actului pentru a ajunge la adoptarea acestuia.

Astfel, motivarea este decisivă pentru a face demarcația între actul administrativ adoptat în cadrul marjei de apreciere conferite de lege autorității publice și cel adoptat prin exces de putere, astfel cum este definit acest termen în art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004.

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă:

- a impus prin fișa de date a achiziției o anumită cerință privind experiența similară, iar societatea sa a demonstrat îndeplinirea cerinței stabilite prin fișa de date a achiziției,
 - nu a precizat în comunicare motivele concrete pentru care contractul prin care societatea sa a demonstrat experiența similară nu îndeplinește "așteptările" autorității contractante,
 - face referire în cuprinsul comunicării la înscrisuri furnizate de un alt ofertant în cadrul procedurii,
- contestatorul precizează că nu poate urmări raționamentul autorității contractante ce a condus la declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă, decizia acesteia fiind arbitrară și lipsită de temei.

Contestatorul precizează că decizia autorității contractante apare cu atât mai arbitrară cu cât aceasta și-a fundamentat argumentele cu privire la respingerea ofertei sale pe informațiile și documentele prezentate de operatorul economic ... SRL, iar nu pe cele furnizate de societatea sa prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Așadar, contestatorul menționează că autoritatea contractantă este obligată nu doar să justifice decizia de respingere a ofertei sale ca fiind inacceptabilă, ci și de a aduce la cunoștință societății sale această justificare, fundamentată pe argumentele și documentele prezentate de societatea sa, și nu de către un alt participant la procedură.

În continuare, contestatorul arată că Consiliul a sancționat modalitatea de motivare (sau altfel spus, lipsa motivării) a actelor administrative ale autorităților contractante care, cu privire la cerințe similare, s-au limitat la a afirma că respectivele contracte depuse de către operatorii economici nu conțin servicii/lucrări care să fie similare cu cele ce urmează a fi achiziționate, fără a prezenta argumentele pe care se sprijină o astfel de concluzie a autorităților contractante, invocând în acest sens deciziile CNSC publicate sub nr. BO2016_2303 și nr. BO2016_1868.

2.2 Oferta sa este admisibilă

Contestatorul arată că autoritatea contractantă, prin răspunsul formulat la notificarea prealabilă, dezvoltă aspectele incluse în comunicarea rezultatului procedurii, argumentând că:

- "atât ofertantul Asocierea SC SRL - SC SRL cât și Asocierea SC ... SA - SC ... SRL au prezentat pentru dovedirea experienței similare același contract de lucrări, respectiv contractul ce are ca obiectiv de investiție: "Reabilitare și modernizare drumuri comunale ...în comuna ..., județul ...";
- "procentul din executarea contractului, pentru care S.A. a fost responsabil în calitate de executant, a fost de 100%, nu susține că ofertantul A EXECUTAT LUCRĂRI SIMILARE în valoare cumulată de minim 4.000.000 lei fără TVA la nivelul unui singur contract sau a mai multor contracte. Ofertantul prin răspunsul la solicitările de clarificări susține doar că A FOST RESPONSABIL 100% pentru contract fără a dovedi că acesta a executat lucrările, neavând această posibilitate, întrucât lucrările au fost executate de subcontractantul acestuia, respectiv SC ... SRL, ce este asociat al SC ... SA în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică";
- "AC a asigurat șanse egale tuturor ofertanților, în speță fiind vorba de cei doi operatori economici ce declară același contract de lucrări

drept experiență similară, solicitându-se amândurora aceeași clarificare în vederea lămuririi părților de contract executate de fiecare societate în parte".

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu poate indica, prin răspuns, motive suplimentare pentru a justifica decizia de respingere a ofertei sale, ce nu au fost incluse în comunicarea rezultatului procedurii.

Contestatorul menționează că, în contextul dispozițiilor legale incidente, precum și al practicii constante în materie, este inadmisibil să fie primite ca motive ale deciziei de respingere aspecte ce nu se regăsesc în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii.

2.2.1 Oferta sa îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară, clarificările transmise de societatea sa fiind concludente

(i) cerința privind experiența similară

Contestatorul arată că cerința 1, prevăzută în fișa de date a achiziției la pct. III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, stabilește că: *"Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în valoare cumulată de minim 4.000.000 lei fără TVA la nivelul unui singur contract sau a mai multor contracte"*.

În secțiunea *"Modalitatea de îndeplinire"* aferentă acestei cerințe, autoritatea contractantă a solicitat pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, ca în DUAЕ să se regăsească *"pondera și/sau activitățile pentru care a fost responsabil"*.

Prin urmare, din modalitatea de formulare a criteriului de calificare rezultă în mod clar că autoritatea contractantă va evalua îndeplinirea cerinței prin luarea în considerare a lucrărilor similare pentru care operatorul economic a fost responsabil. Altfel, nu s-ar justifica solicitarea precizării ponderii și/sau activităților pentru care ofertanții au fost responsabili. Dacă autoritatea contractantă ar fi impus ca cerința să fie îndeplinită doar prin executarea unor contracte similare, aceasta ar fi trebuit să solicite în cadrul secțiunii *"Modalitatea de îndeplinire"* precizarea *"ponderii și/sau activităților executate"*.

Cerința impusă de însăși autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției în ceea ce privește precizarea ponderii și/sau activităților pentru care ofertanții au fost responsabili este, de altfel, în deplină concordanță cu interpretarea criteriului privind experiența similară oferită de legislația achizițiilor publice și de jurisprudența națională și europeană în materie.

Astfel, tot la *"operatorul economic căruia îi revine răspunderea aducerii la îndeplinire a contractului"* face referire și Instrucțiunea nr. 2/2016, emisă de A.N.A.P. în considerarea necesității unei abordări unitare cu privire la cerințele de calificare ce vizează experiența similară.

În ceea ce privește aplicabilitatea acestei instrucțiuni, contestatorul subliniază faptul că:

- Instrucțiunea nr. 2/2016 nu a fost abrogată în mod expres odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 98/2016 și nici nu cuprinde prevederi contrare acesteia, astfel cum stipulează art. 238 din Legea nr. 98/2016;

- Instrucțiunea nr. 2/2016 nu doar că nu cuprinde dispoziții contrare noii legi, dar prevederile din OUG nr. 34/2006 (art. 188 alin. (1)

lit. a), alin. (2) lit. a) și alin. (3) lit. a)), în interpretarea căror a fost emisă, sunt similare cu cele ale art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 referitoare la experiența similară;

- Instrucțiunea nr. 2/2016 are la bază jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la principiul proporționalității, principiu ce este în continuare pe deplin aplicabil, regăsindu-se și în Legea nr. 98/2016.

Așadar, interpretarea oferită de Instrucțiunea nr. 2/2016 cerințelor de calificare privind experiența similară este pe deplin aplicabilă și sub imperiul noii legislații, aspect confirmat chiar de autoritatea contractantă prin modalitatea în care a înțeles să formuleze criteriul de calificare.

În acest sens, contestatorul arată că art. 17 alin. (3) lit. a) din Instrucțiune stipulează în mod clar faptul că:

"Cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită:

a) În situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subantreprenori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză)".

De altfel, contestatorul arată că prevederile legale din OUG nr. 34/2006 referitoare la îndeplinirea cerinței privind experiența similară au fost interpretate în același sens în jurisprudență și anterior adoptării Instrucțiunii nr. 2/2016, invocând decizia CNSC publicată în BO 2015_0319.

Prin urmare, contrar susținerilor autorității contractante în sensul în care „prevederile legale din O.U.G. nr. 34/2006 nu își au aplicabilitate în speța noastră”, contestatorul menționează că practica judiciară bazată pe OUG nr. 34/2006 prezintă relevanță și în cazul prezentei proceduri, întrucât, astfel cum a arătat mai sus, prevederile art. 188 alin. (3) lit. a) în OUG nr. 34/2006 sunt similare cu cele ale art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, se impune să se observe că dacă legislația terțiară și jurisprudența au dat interpretarea arătată mai sus sintagmei din vechea legislație, lucrări executate, cu atât mai mult se impune a se da aceeași interpretare noilor prevederi, care fac vorbire despre lucrări realizate (nu executate).

(ii) modul de interpretare a cerinței privind experiența similară

Contestatorul arată că contractul încheiat cu comuna ... care are ca obiect „Reabilitare și modernizare drumuri comunale DC 38A, DC 38B, DC 38C afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ...”, dovedește îndeplinirea cerinței privind experiența similară, astfel cum a fost formulată în fișa de date a achiziției, dat fiind că:

- are un obiect similar cu obiectul contractului de lucrări din prezenta procedură, după cum chiar autoritatea contractantă recunoaște în comunicare - „valoarea lucrărilor similare cu cele presupuse de prezenta procedură rezultă din contractul de lucrări ce are ca obiect: Reabilitarea și modernizarea drumuri comunale ... afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ...”;

- SA, în calitate de ofertant declarat câștigător și antreprenor general, și-a asumat integral responsabilitatea pentru executarea Contractului de lucrări încheiat cu Comuna ..., acesta fiind responsabil 100% pentru execuția lucrărilor respective, acest aspect fiind confirmat chiar de autoritatea contractantă în comunicare, potrivit căreia „astfel, S.C. S.A. demonstrează că a fost responsabilă pentru 100% din Contractul de lucrări [...] încheiat cu Comuna ...”.

În deplină conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, contestatorul arată că a prezentat, atât în cadrul DUAE, cât și prin răspunsurile la solicitările de clarificări - adresa nr. 642/03.02..... și adresa nr. 689/27.02....., atât lista lucrărilor similare, cât și documentele suport solicitate.

Astfel, faptul că SA a executat contractul antemenționat în sensul indicat prin Fișa de date a achiziției, iar procentul din executarea contractului pentru care S.A. a fost responsabil în calitate de executant, a fost de 100%, este confirmat de următoarele documente suport depuse în cadrul documentelor de calificare sau transmise prin răspunsul la solicitarea de clarificări:

- Contractul de lucrări nr. 398/1345/04.03.2015 încheiat între S.A. și Comuna ..., care la art. 23.3 (1) prevede că „executantul este pe deplin răspunzător față de achizitor de modul în care îndeplinește contractul” (pag. 85 din documentele de calificare furnizate în S.E.A.P.);

- Procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor din data de 12.11.2015, care a fost semnat, inter alia, de reprezentanții societății sale și în care este specificată calitatea de executant a S.A. (pag. 92-96 din documentele de calificare furnizate în S.E.A.P.);

- procesele-verbale pentru verificarea calității lucrărilor ce devin ascunse, procesele-verbale de recepție calitativă, procesele-verbale pentru trasarea lucrărilor, procesele-verbale de control în fază determinantă, încheiate în cursul implementării Contractului de lucrări și incluse în Cartea tehnică a construcției aferentă obiectivului de investiții, în cadrul căroră S.A. figurează ca executant (anexate Răspunsului la solicitarea de clarificări);

- Recomandarea emisă pentru S.A. de către Comuna ..., ca urmare a colaborării și derulării contractului de lucrări, prin care s-a acordat lucrărilor executate calificativul „foarte bun” (anexate Răspunsului la solicitarea de clarificări).

Față de cele de mai sus, contestatorul precizează că, pe deplin, conform cerinței din fișa de date a achiziției, dar și cu respectarea legislației aplicabile, societatea sa a răspuns în mod concludent solicitării de clarificării, demonstrând fără echivoc îndeplinirea cerinței privind experiența similară, respectiv că S.A., în calitate de ofertant declarat câștigător și antreprenor general, și-a asumat integral responsabilitatea pentru executarea contractului de lucrări încheiat cu Comuna

De altfel, contestatorul arată că și jurisprudența anterioară a instanțelor de judecată a statuat în sensul în care concludența unui

răspuns se raportează la cerințele documentației de atribuire (în prezentul caz, ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil).

Prin urmare, contestatorul menționează că a demonstrat fără echivoc îndeplinirea cerinței privind experiența similară și a oferit autorității contractante nu doar toate explicațiile necesare pentru evaluarea modului de îndeplinire a acestei cerințe, dar și documentele suport solicitate, care fac pe deplin dovada celor arătate de societatea sa prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

De altfel, contestatorul arată că îndeplinirea cerinței privind experiența similară rezultă și din consemnările comisiei de evaluare:

Cerința din Fișa de date a achiziției	Consemnarea comisiei de evaluare
„Completare DUAЕ cf. Art. 193/ alini/ Legea 98/2016, cu precizarea următoarelor informații: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, valoarea, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil”.	„Astfel, S.C. S.A. demonstrează că a fost responsabilă pentru 100% din Contractul de lucrări „Reabilitarea și modernizarea drumuri comunale ...afectate de inundații în anul în comuna ...”.

Contestatorul arată că concluzia eronată a autorității contractante în sensul în care devin incidente prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) și ale art. 134 alin. (5) din Normele Metodologice a avut la bază o modificare nelegală a cerinței de calificare impuse prin Fișa de date a achiziției, pe parcursul evaluării ofertelor.

(iii) Cerințele stabilite prin documentație nu pot fi modificate

În condițiile în care:

- autoritatea contractantă avea obligația de a elabora documentația de atribuire astfel încât să conțină 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, în conformitate cu art. 154 din Legea nr. 98/2016;

- potrivit art. 137 (2) lit. b) din Normele Metodologice, stabilirea inacceptabilității ofertei se realizează prin raportare la criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire;

- documentația de atribuire necontestată este obligatorie atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritatea contractantă în perioada de evaluare, comisia de evaluare fiind ținută, așadar, în procesul de evaluare a ofertelor, de regulile pe care ea însăși le-a stabilit *ab initio* prin documentația de atribuire,

contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu poate modifica/adăuga elemente suplimentare criteriilor de calificare prevăzute în fișa de date a achiziției.

Contestatorul arată că această concluzie este susținută și de jurisprudența Consiliului (aferentă legislației anterioare, dar aplicabilă pentru identitate de rațiune și sub imperiul noii legislații), invocând în acest sens decizia publicată în BO nr. 2014_2017-2.

De asemenea, contestatorul precizează că, în măsura în care înțelegea să impună și alte cerințe pentru demonstrarea experienței similare, autoritatea contractantă avea obligația de a le menționa în mod

corespunzător în documentația de atribuire. O interpretare contrară ar permite autorității contractante să se prevaleze de propria culpă (fapt care contravine principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - „nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă”) și de nerespectarea unei obligații legale, tocmai pentru a elimina în mod arbitrar din competiție oferta sa.

Totodată, contestatorul menționează că modificarea cerinței de calificare privind experiența similară pe parcursul evaluării ofertelor a fost semnalată, de altfel, și prin celelalte două notificări prealabile formulate în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Astfel, contestatorul arată că, în notificarea prealabilă nr. 407/14.03....., un alt ofertant critică faptul că „comisia de evaluare precizează eronat că subscrisa avea obligația de a dovedi experiența similară prezentând lucrări similare de drumuri cu îmbrăcăminte din beton, conform documentației de atribuire nu există această solicitare, subscrisa nu a identificat în documentația de atribuire sintagma „lucrări similare de drumuri cu îmbrăcăminte din beton””.

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că interesul autorității contractante este de a contracta cu un operator economic care are capacitatea de a executa respectivele lucrări, respectiv care deține experiența similară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică la un standard de calitate corespunzător.

Contestatorul susține că, prin toate documentele puse la dispoziția autorității contractante, a demonstrat că deține capacitatea de a executa respectivele lucrări la standardul de calitate solicitat de către autoritatea contractantă. Orice artificii de natură a exclude operatorii economici depășesc caracterul necesar și adecvat al cerințelor de care trebuie să țină cont autoritatea contractantă în stabilirea acestora, conform art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

2.2.2 Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a încălcat în mod flagrant principiile în materia achizițiilor publice, astfel:

- principiul proporționalității, prin faptul că decizia de respingere a ofertei sale depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, fiind eliminat din competiție un ofertant care deține experiența similară necesară pentru executarea contractului;

- principiile transparenței și tratamentului egal, prin schimbarea cerințelor stabilite prin fișa de date a achiziției și evaluarea ofertei sale prin raportare la alte cerințe decât cele comunicate tuturor ofertanților, precum și prin necomunicarea în concret a motivelor care au stat la baza respingerii ofertei sale.

Totodată, contestatorul arată că Consiliul a confirmat în jurisprudența sa anterioară (decizia CNSC publicată în BO 2012_0400) următoarele: „în niciun caz interesul sau scopul autorității contractante nu trebuie concentrat înspre descoperirea, cu orice preț, de pretexte de respingere a ofertelor, ci dimpotrivă, de a atrage și menține în competiție cât mai mulți potențiali parteneri, asigurând în acest fel premisele unei concurențe reale și loiale, precum și utilizarea eficientă a fondurilor publice”.

În opinia contestatorului, respingerea ofertei sale în condițiile expuse anterior nu poate fi interpretată decât ca o intenție clară a autorității contractante de a restricționa accesul societății sale la procedură, prin decizia de descalificare a ofertei sale autoritatea contractantă aplicând în mod evident cea mai „*constrângătoare măsură*”.

Contestatorul precizează că, prin declararea drept inadmisibilă a ofertei sale (care îndeplinește cerințele stabilite prin documentația de atribuire), este în mod evident dezavantajat și pe o poziție de inegalitate față de ceilalți ofertanți din cadrul procedurii.

Mai mult, contestatorul precizează că nu pot fi reținute de Consiliu nici susținerile autorității contractante potrivit cărora *”a asigurat șanse egale tuturor ofertanților, în speță fiind vorba de cei doi operatori economici ce declară același contract de lucrări drept experiență similară, solicitându-se amândurora aceeași clarificare”*.

Astfel, contestatorul arată că, în pofida faptului că autoritatea contractantă a adresat clarificări ambilor ofertanți, decizia de respingere a ofertei sale s-a bazat, pe de o parte, pe modificarea nelegală a cerințelor impuse prin documentația de atribuire și, pe de altă parte, pe documentele și informațiile furnizate de o altă companie.

3. Anularea procedurii de atribuire

În subsidiar, în situația în care Consiliul va respinge în tot sau în parte capetele de cerere formulate în principal, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire, în conformitate cu art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul arată că doctrina și jurisprudența sunt unanime în a aprecia că: *”procedura de atribuire se consideră afectată în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire și/sau în modul de aplicare a procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni care au ca efect încălcarea principiilor achizițiilor publice, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea principiilor privind nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor publice”* (decizia civilă nr. 1490 din 05.06.2008 a Curții de Apel București).

Prin adresa nr. 117/30.03..... înregistrată la Consiliu sub nr. 11499/31.03....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL.

Autoritatea contractantă menționează că a constatat că atât ofertantul asocierea SC SRL - SC SRL, cât și ofertantul asocierea SC ... SA - SC ... SRL, au prezentat pentru dovedirea experienței similare același contract de lucrări, respectiv contractul ce are ca obiectiv de investiție: *”Reabilitare și modernizare drumuri comunale ... în comuna ..., județul ...”*.

Din cele declarate în cadrul documentelor DUAЕ a rezultat că ambii ofertanți (atât asociatul SC SRL, cât și asociatul SC ... SRL) au

executat aceleași lucrări, declarând aceeași valoare pentru lucrările executate de fiecare în parte.

Întrucât fiind vorba de doi executanți diferiți în cadrul contractului declarat (oferant SC SA și subcontractant SC ... SRL), partea de implicare a fiecăruia este diferită, iar valoarea lucrărilor executate nu poate fi aceeași pentru fiecare în parte.

Din aceste considerente, autoritatea contractantă arată că a solicitat celor doi ofertanți să lămurească procentul executat de fiecare operator economic, prin prezentare de documente suport în acest sens, indicând de altfel acestora că amândoi au declarat același contract de lucrări.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia "..... SA a executat contractul antemenționat în sensul indicat prin Fișa de date a achiziției, iar procentul din executarea contractului, pentru care S.A. a fost responsabil în calitate de executant, a fost de 100%", autoritatea contractantă precizează că aceasta nu confirmă faptul că ofertantul a executat lucrări similare în valoare cumulată de minim 4.000.000,00 lei fără TVA la nivelul unui singur contract sau a mai multor contracte.

Oferantul prin răspunsul la solicitările de clarificări a susținut doar că a fost responsabil 100% pentru contract, fără a dovedi că acesta a executat lucrările, neavând această posibilitate, întrucât lucrările au fost executate de subcontractantul acestuia, respectiv SC ... SRL, ce este asociat al SC ... SA în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică.

Cu privire la susținerea contestatorului potrivit căreia "*De altfel, prevederile legale din O.U.G. nr. 34/2006 referitoare la îndeplinirea cerinței privind experiența similară (astfel cum am arătat mai sus, prevederi similare cu cele ale art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016) au fost interpretate în același sens în jurisprudență și anterior adoptării Instrucțiunii nr. 2/2016 (...)*", autoritatea contractantă menționează că prevederile legale din OUG nr. 34/2006 nu își au aplicabilitate în speța de față, întrucât documentația de atribuire a fost întocmită în baza Legii nr. 98/2016, și nu în baza OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește invocarea de către contestator a deciziei CNSC publicată în BO2012_0400, autoritatea contractantă arată că, întocmai, pentru a menține în competiție cât mai mulți potențiali parteneri, asigurând în acest fel premisele unei concurențe reale și loiale, a solicitat în mod transparent clarificări celor doi ofertanți ce au prezentat pentru dovedirea experienței similare același contract de lucrări, cu solicitarea de a se indica procentul executat de fiecare operator economic prin prezentare de documente suport în acest sens: „*Având în vedere că valoarea lucrărilor similare cu cele presupuse de prezenta procedură rezultă din contractul de lucrări ce are ca obiect: Reabilitarea și modernizarea drumuri comunale ... afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ..., contract declarat ca experiență similară și de un alt ofertant participant în cadrul prezentei licitații, vă rugăm să clarificați procentul executat de dvs. prin prezentare de documente suport în acest sens*”.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că a asigurat șanse egale tuturor ofertanților, în speță fiind vorba de cei doi operatori

economici ce au declarat același contract de lucrări drept experiență similară, solicitându-se amândurora aceeași clarificare în vederea lămuririi părților de contract executate de fiecare societate în parte.

În continuare, autoritatea contractantă redă conținutul comunicării nr. 101/07.03....., adresată contestatorului.

Autoritatea contractantă arată că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, a menținut decizia nr. 101/07.03....., prin care oferta depusă de asocieria SC SRL - SC SA a fost declarată ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, fiind respectate dispozițiile legale în vigoare în materia achizițiilor publice și a prevederilor documentației de atribuire.

Față de cele antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației în conformitate cu prevederile art. 26 alin (6) din Legea 101/2016.

Prin adresa nr. 2185/12.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 13868/13.04....., contestatorul informează Consiliul că nu se va prezenta la sediul CNSC în vederea studierii dosarului nr./.....

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ".....", cod CPV 45233120-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr./....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În procesul verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 108/07.03....., s-a consemnat, printre altele, respingerea ofertei contestatorului ca inacceptabilă.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 101/07.03....., SC SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr./.....

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația SC SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Potrivit adresei nr. 101/07.03....., oferta asocierii SC SRL - SC SA a fost respinsă ca inacceptabilă, motivele concrete invocate de autoritatea contractantă fiind următoarele:

„S.C. S.A. demonstrează că a fost responsabilă pentru 100% din Contractul de lucrări "Reabilitarea și modernizarea drumuri comunale ... afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ...", încheiat cu Comuna ..., fără a face și dovada că a executat lucrări similare în cadrul contractului declarat, aceste lucrări fiind executate de către S.C. ... S.R.L., fapt demonstrat prin documente justificative, răspunsul prezentat de ASOCIEREA S.C. S.R.L. - Lider Asociere, S.C. S.A. - Asociat și S.C. ... S.R.L -Subcontractant fiind unul neconcludent”.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că asocierea SC SRL - SC SA a prezentat, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței din fișa de date a achiziției privind experiența similară, Contractul de lucrări nr. 398/1345/04.03.2015 încheiat între SC SA și Comuna ..., având ca obiect "Reabilitarea și modernizarea drumuri comunale DC 38A, DC 38B, DC 38C afectate de inundații în anul 2010, în comuna ..., județul ...".

Totodată, Consiliul mai reține și faptul că asocierea SC ... SA - SC ... SRL, alt ofertant în cadrul prezentei proceduri de atribuire, a prezentat pentru dovedirea experienței similare același contract de lucrări, respectiv contractul ce are ca obiectiv de investiție: *"Reabilitare și modernizare drumuri comunale ... în comuna ..., județul ..."*.

În cadrul contractului declarat, potrivit documentelor depuse la dosarul achiziției publice, Consiliul reține că ofertantul SC SA a avut calitatea de antreprenor general iar SC ... SRL (asociat în prezenta procedură cu SC ... SA) a avut calitatea de subcontractant-acord de subcontractare nr.2044/05.06.2015.

Potrivit dispozițiilor art. 179 lit.a) din Legea nr.98/2016, *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:*

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă”.

Potrivit art.17 alin.(3) lit.a) din Instrucțiunea nr. 2/2016, emisă de A.N.A.P. în considerarea necesității unei abordări unitare cu privire la cerințele de calificare ce vizează experiența similară:

„Cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită:

a) În situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subantreprenori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză)”.

Potrivit art.14 alin.(3) din INSTRUCȚIUNEA ANAP Nr. 2/..... din 19 aprilie, emisă 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:

„Cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită:

a) în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză);

b) *în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a realizat lucrări/activități în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experiență similară pentru un antreprenor general, cu condiția ca respectivele lucrări/activități să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor”.*

Având în vedere cele două instrucțiuni emise de autoritatea de reglementare în materia achizițiilor publice, Consiliul constată că interpretarea dispozițiilor legale emisă de acest organism este constantă și, în baza aceluiași raționament juridic, precizează faptul că, în situația în care operatorul economic a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită în persoana antreprenorului general întrucât antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză.

În consecință, Consiliul constată că decizia de respingere a ofertei asocierii SC SRL - SC SA ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței privind experiența similară este neîntemeiată.

În același timp însă, Consiliul observă că interpretarea legislativă oferă posibilitatea unui subcontractant să prezinte un contract pentru dovedirea experienței similare, cu condiția ca respectivele lucrări/activități să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SA, și va dispune anularea procesului-verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 108/07.03....., anularea comunicării nr. 101/07.03..... precum și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește oferta asocierii SRL - SA. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de asocierea formată din SRL - SA, potrivit motivării prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016 admite contestația formulată de către SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SA, în contradictoriu cu

Dispune anularea procesului-verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 108/07.03....., anularea comunicării nr. 101/07.03..... precum și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește oferta asocierii SRL - SA.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de asocierea formată din SRL - SA, potrivit motivării prezentei.

Termenul de aducere la îndeplinire a dispozițiilor prezentei este de 10 zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

...

MEMBRU,

.....

...