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 contestaţia înregistrată la C.N.S.C. sub nr.39485/27.09.2018, formulată de ..., cu sediul ..., Înregistrată la Registrul Comerţului sub ..., având cod unic de înregistrare ... reprezentată legal prin administrator ..., cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură la ... împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr... și a raportului şedinţei de tranzacţionare pe piaţa la disponibil ..., emise de către Bursa Română de Mărfuri, în calitate de organizator al procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***„...”***, beneficiar fiind ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-au solicitat următoarele:

„1. Anularea rezultatului procedurii de atribuire, anularea adresei nr.60/1202/17.09.2018, emisă de către comisia de evaluare din cadrul ..., a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum şi a tuturor actelor subsecvente acesteia;

2. Obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei depuse de ...;

3. Emiterea unui nou rezultat, respectiv a unui raport privind rezultatul procedurii de atribuire a „Acordului-cadru achiziţie emulsii bituminoase cationice pentru 2 ani. –….".

4. În subsidiar, anularea procedurii de atribuire a acordului-cadru, pentru încălcarea prevederilor legale care afectează procedura de atribuire.

Cu cheltuieli de judecată.”

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.... și raportul şedinţei de tranzacţionare pe piaţa la disponibil .., emise de către Bursa Română de Mărfuri, în calitate de organizator al procedurii de atribuire susmenționate, beneficiar fiind ..., solicitând următoarele:

„1. Anularea rezultatului procedurii de atribuire, anularea adresei nr.60/1202/17.09.2018, emisă de către comisia de evaluare din cadrul ..., a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum şi a tuturor actelor subsecvente acesteia;

2. Obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei depuse de ...;

3. Emiterea unui nou rezultat, respectiv a unui raport privind rezultatul procedurii de atribuire a „Acordului-cadru achiziţie emulsii bituminoase cationice pentru 2 ani. - ..".

4. În subsidiar, anularea procedurii de atribuire a acordului-cadru, pentru încălcarea prevederilor legale care afectează procedura de atribuire.

Cu cheltuieli de judecată."

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al procedurii de atribuire, arătând că, prin adresa ..., a fost încunoștiințat că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, deoarece nu a îndeplinit cerința privind capacitatea tehnică și profesională.

Față de motivul de respingere a ofertei reținut în adresa nr.60/1202/17.09.2018, contestatorul precizează următoarele:

1. Oferta ... este conformă din punct de vedere al capacităţii tehnice și profesionale, respectând toate cerinţele prevăzute în O.I. nr...., astfel cum a fost comunicat în varianta iniţială din 31.08.2018, dar şi în varianta modificată din 10.09.2018.

Contestatorul precizează că, în momentul întocmirii ofertei, ... a depus Anexa la Declaraţia privind lista principalelor lucrări executate în ultimii 3 ani, în cuprinsul căreia erau identificate trei contracte având ca obiect livrarea de produse de natură și complexitate similară cu furnizarea de produse care fac obiectul acordului- cadru, valoarea cumulată a lucrărilor depăşind cu mult pragul impus de către autoritatea contractantă, de 882.000,00 lei fără TVA, respectiv contractul de furnizare produse nr.22/03.04.2015, contractul de vânzare-cumpărare produse nr.208/01.03.2016, contractul de vânzare-cumpărare produse nr.503/25.08.2016.

Cu toate acestea, în solicitarea de clarificări din 12.09.2018, autoritatea contractantă a reținut că ... a declarat trei contracte de furnizare produse similare cu cele care fac obiectul prezentei proceduri din care nu reiese însă modalitatea de îndeplinire a cerinţei privind capacitatea tehnică și profesională, aşa cum este menţionată în cadrul O.I. nr.....

În replică, ... arată că a transmis, în data de 12.09.2018, detalii suplimentare privind îndeplinirea cerinței impuse prin O.I nr. ... cu privire la contractele identificate în Anexa la Declaraţia privind lista principalelor lucrări executate în ultimii 3 ani, informaţii din care reiese faptul că, în perioada aferentă celor 3 ani raportaţi la data depunerii ofertei, 05.09.2018, societatea a livrat bunuri de o complexitate similară/comparabilă către terţi-clienţi, valoarea contractelor derulate în perioada respectivă depăşind pragul impus de autoritate, însumând un total de 1.028.237,52 lei, fără T.V.A.

Astfel, contestatorul apreciază că oferta sa îndeplineşte toate condiţiile impuse prin documentele achiziţiei, precum şi cele prevăzute în art.207 din Legea nr.98/2016.

În susținerea argumentelor sale, contestatorul invocă și prevederile art.13 din Instrucţiunea nr.2/2017, emisă de către preşedintele Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice, potrivit cărora numărul de 3 ani aferenţi experienţei similare, se calculează prin raportare la data-limită de depunere a ofertelor stabilită de autoritatea contractantă în O.I. nr.....

Susține că perioada de 3 ani prevăzută în cerinţa privind capacitatea tehnică și profesională se calculează începând cu data limită pentru depunerea ofertelor prevăzută în varianta iniţială a O.I. nr...., respectiv de la data de 05.09.2018 până la data de 05.09.2015.

Față de Nota de la art.12 alin.2 din Instrucţiunea nr.2/2017, arată contestatorul, rezultă că decalarea termenului-limită stabilit pentru depunerea ofertelor şi stabilirea astfel a unei noi date, nu poate conduce, în mod automat, la respingerea unui ofertant pe motiv că experienţa similară a acestuia este situată în afara perioadei de 3 ani, raportat la noua dată-limită de depunere a ofertelor, atât timp cât, la data stabilită iniţial în O.I. nr.... (respectiv la data de 05.09.2018), ... îndeplinea cerinţa astfel cum a fost formulată.

Contestatorul susține că, în perioada cuprinsă între 05.09.2015 şi 05.09.2018, ... a furnizat produse similare cu grad de complexitate, a căror valoare totală însumează 1.028.237,52 lei fără T.V.A.

Față de cele menționte, contestatorul apreciază că modalitatea de interpretare a cerinţei privind capacitatea tehnică și profesională de către autoritatea contractantă este restrictivă, încălcându-se astfel prevederile art.8 din Instrucţiunea nr.2/2017, precum și principiile ce guvernează procedura de atribuire a acordului-cadru.

Deşi, contractul de furnizare produse nr.22, încheiat cu ..., a fost încheiat în data de 03.04.2015, în afara perioadei de 3 ani anteriori datei de depunere a ofertelor, contestatorul apreciază că, în lumina dispoziţiilor art.8 din Instrucţiunea nr.2/2017, acest contract trebuia luat în considerare de către autoritatea contractantă atunci când a analizat îndeplinirea cerinţei privind capacitatea tehnică și profesională a ofertantului ...

Potrivit art.8 din Instrucţiunea nr.2/2017, pentru a nu se încălca principiile procedurii de atribuire, în formularea și interpretarea cerinţei

minime privind experienţa similară prin solicitarea prezentării unor contracte similare de furnizare semnate/încheiate/începute strict în ultimii 3 ani, autoritatea contractantă trebuie să ţină cont de faptul că există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat/început un astfel de contract în urmă cu mai mult de 3 ani, dar să poată prezenta experienţa similară realizată în perioada solicitată.

Astfel, susține contestatorul, după cum rezultă şi din Documentul constatator nr.21/19799, emis în data de 03.02.2016, în temeiul Contractului nr.22/03.04.2015, ... a terminat furnizarea produselor în data de 06.11.2015, dată care se încadrează în perioada de 3 ani anteriori datei de depunere a ofertelor, cum este prevăzut în documentaţia de atribuire.

Totodată, arată că, din conţinutul punctului 8 al documentului constatator nr.21/19799, rezultă faptul că obligaţiile asumate de către ... în cadrul contractului invocat pentru dovedire experienţei similare, au fost îndeplinite în mod corespunzător.

Raportat la motivul invocat de autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări, respectiv acela că numai două dintre cele trei contracte invocate s-ar încadra în perioada de 3 ani prevăzută în cerinţa elaborată, precum și la soluţia de a respinge oferta depusă de ... ca fiind inacceptabilă, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a aplicat în mod defectuos legislaţia în materie, respingând, în mod neîntemeiat, oferta sa.

Contestatorul susține că a făcut dovada îndeplinirii cerinţei, atât prin documentele ataşate ofertei, cât și prin răspunsul la cererea de clarificări formulată de autoritatea contractantă, neluarea în considerare a răspunsului la clarificări încălcă principiul tratamentului egal, modalitatea de desfăşurare a acesteia fiind contrară principiilor consacrate de art.2, alin.2, lit.b din Legea nr.98/2016.

În subsidiar, în măsura în care se va trece peste celelalte motive invocate, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire, susținând că adresa nr.60/1202/17.09.2018 nu este motivată, astfel că s-au încălcat principiile ce guvernează procedura de atribuire a acordului-cadru și art.215 alin.2, lit.b din Legea nr.98/2016.

În drept, invocă dispoziţiile art.8 și urm. din Legea nr.101/2016, Legea nr.98/2016, Instrucţiunea nr.2/2017.

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

Prin punctul de vedere nr.68/166/01.10.2018, înregistrat la Consiliu cu nr.41346/09.10.2018, ... a solicitat respingerea contestației, ca netemeinică.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că, potrivit O.I. nr...., astfel cum a fost comunicat iniţial, termenul de depunere a ofertelor a fost fixat pentru data de 05.09.2018, ora 13.00, urmând ca ședinţa de tranzacţionare să aibă loc la data de 06.09.2018, ora 12.00.

Având în vedere prevederile art.20, alin.1 din O.U.G. nr.98/2017, cu privire la obligaţia de a notifica ANAP, cu 5 zile lucrătoare înainte de data de demarare a negocierii, precum şi de a pune la dispoziţia ANAP informaţiile și documentele solicitate în scopul îndeplinirii funcţiei de control ex-ante, autoritatea contractantă arată că a solicitat BRM modificarea datei de depunere a ofertelor astfel: data limită de depunere a ofertelor - 10.09.2018, iar data şedinţei de tranzacţionare - 11.09.2018.

De asemenea, se arată că, în O.I. nr.... transmis de BRM tuturor ofertanţilor, apare o eroare a cantității de emulsie bituminosă cationică și anume 700 tone, în documentaţia de atribuire fiind două tipuri de emulsie, emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă (EBCR60) în cantitate de 700 tone și emulsie bituminoasă cationică cu rupere lentă (EBCL60) în cantitate de 700 tone, motiv pentru care, în data de 07.09.2018, s-a emis o erată la O.I. nr...., prin care s-a modificat cantitatea totală în 1400 tone pentru cele două tipuri de emulsie și s-a prelungit data limită de depunere a ofertelor pentru data de 12.09.2018, termenul nou pentru şedinţa de tranzacţionare fiind fixat pentru 13.09.2018, ora 12. Menţionează că, în anexele la caietele de sarcini a fost trecută, în mod corect, cantitatea pentru fiecare tip de emulsie, iar valoarea maximă estimată a acordului cadru corespunde cantității de 1400 tone.

Autoritatea contractantă precizează că, în data de 12.09.2018, a solicitat contestatorului clarificări la oferta depusă, motiv pentru care, în data de 13.09.2018, s-a transmis prin intermediul BRM decalarea termenului pentru ședința de tranzacționare în data de 17.09.2018, ora 11.00.

Precizează că decalarea termenului limită de depunere a ofertelor s-a realizat din cauza modificării cantității de material bituminos și în urma notificării ANAP de către autoritatea contractantă din data de 31.08.2018, conform art.20 alin.1 din O.U.G. nr.98/2017 și în conformitate cu art.153 alin.1 din Legea nr.98/2016.

De asemenea, menționează că decalarea termenului de depunere a ofertelor nu a influențat informațiile prezentate inițial în Ordinul Inițiator nr.... cu privire la Criteriile de calificare – Capacitatea tehnică și profesională, respectiv pragul de 882.000,00 lei, fără TVA, nu a fost modificat.

Autoritatea contractantă arată că, la data 12.09.2018, comisia de evaluare a constatat depunerea a două oferte, printre care și a contestatorului, și a procedat la solicitarea de clarificări din partea acestuia cu privire la contractul de furnizare nr.22/03.04.2015, care nu se încadra în ultimii 3 ani raportați la data limită de depunere a ofertelor, fiind datat aprilie 2015.

Urmarea solicitării de clarificări, arată autoritatea contractantă, cu adresa nr.60/1477/13.09.2018, contestatorul a depus documente care nu au fost iniţial incluse în ofertă, respectiv actul adiţional nr.1/25.08.2016 la contractul nr.503/25.08.2016, prin care se

menţionează că plăţile se vor efectua prin cesiunea parţială a creanţei asupra DRDP Iaşi și contractul de cesiune creanţă nr.507/25.08.2016 și nr.DRDP Iaşi 1/97771/05.09.2016 care prezintă modificări ale informaţiilor iniţiale și completări ale acestora care au fost realizate cu pixul.

Susține, referitor la contractul de cesiune de creanţă nr.507/25.08.2016, că nu poate fi considerat drept experienţă similară a ... deoarece, așa cum rezultă din denumirea și obiectul acestuia, este un contract de cesiune de creanţă și nu un contract din care să rezulte experienţa similară privind furnizarea de produse ce face obiectul acordului cadru.

De asemenea, se arată că, în cadrul contractelor de vânzare-cumpărare nr.208/01.03.2016 și nr.503/25.08.2016, nu se regăseşte valoarea totală a contractelor, ci doar valoare lei/tonă.

Față de cele prezentate, s-a considerat că nu sunt îndeplinite cerinţele minime de calificare, așa cum sunt solicitate în cadrul Ordinului Iniţiator nr...., la Secţiunea. Capacitatea tehnică și profesională, motiv pentru care oferta depusă de ...a fost respnsă, ca fiind inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art.215, alin.4 din Legea nr.98/2016, coroborat cu art.137 alin.2, lit.b din H.G. 925/2016 și neconformă potrivit prevederile art.215 alin.5 din Legea nr.98/2016.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază criticile contestatorului ca fiind nefondate, deoarece aceasta nu a făcut dovada că îndeplinește cerinţele minime de calificare, astfel cum s-a solicitat prin documentaţia de atribuire, conform O.I. nr.....

Ca temei de drept, se invocă prevederile art.26 alin.6 și art. 18 alin.1 Legea 101/2016 precum și actele normative menţionate în prezentul punct de vedere.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de beneficiar, a inițiat procedura de atribuire prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Achiziţie de emulsii bituminoase cationice pentru 2 ani ...”*, prin intermediul Bursei Române de Mărfuri, în calitate de organizator, care a emis Ordinul Inițiator nr.....

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 2.940.000 lei, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț*”.

Au fost depuse două oferte, respectiv de către ... și contestator, care au fost deschise la data de 12.09.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.89/1604.

Prin procesul-verbal nr.2, înregistrat sub nr.89/1619/17.09.2018, oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în timp ce oferta depusă de S.C. RS ACTIV S.R.L. a fost calificată în etapa de tranzacționare a prețurilor.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, despre care a luat cunoștință din adresa nr.60/202/17.09.2019, ... a depus, în termenul legal, contestația de față.

Cauțiunea în cuantumul prevăzut de lege, a fost consemnată cu recipisa nr.204935266/1 din 27.09.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit procesului-verbal nr.2, înregistrat sub nr.89/1619/17.09.2018, oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.215 alin.4 teza 2 din Legea nr.98/2016, coroborat cu art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016, deoarece s-a considerat neîndeplinit criteriul de calificare privind experiența similară.

Considerentul în raport cu care criteriul de calificare a fost considerat neîndeplinit, constă în faptul că unul dintre cele 3 contracte depuse, respectiv Contractul de furnizare nr.22/03.04.2015, nu se încadrează în ultimii 3 ani raportați la data limită de depunere a ofertelor, intervalul menționat fiind cuprins între luna septembrie 2015 și luna septembrie 2018, iar contractul menționat a fost încheiat în luna aprilie 2015.

În analiza legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, cu care a fost învestit, Consiliul reține că, în cadrul Ordinului inițiator nr...., s-a precizat următorul criteriu de calificare privind experiența similară:

*„**Ofertantul trebuie să demonstreze că a livrat în ultimii 3 ani produse de natură și complexitate similară/comparabilă cu furnizarea de produse care fac obiectul acordului cadru până la data limită de depunere a ofertelor (modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventualele decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare publicat inițial), în valoare cumulată de cel puțin 882.000,00 lei fără TVA**.*

Numărul de contracte nu este limitat. Ultimii 3 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr.2/2017.

Modalitatea de îndeplinire: Documentele justificative care probează îndeplinirea cerinței sunt: - copii ale unor părți relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit; sau recomandări sau certificate constatatoare sau alte documente.”

Față de conținutul criteriului de calificare, rezultă că ofertanții aveau obligația de a face dovada experienței similare, pe de o parte, prin prezentarea de dovezi în sensul celor precizate, din care să rezulte livrarea de produse similare în ultimii 3 ani până la data limită de depunere a ofertelor, iar, pe de altă parte, valoarea cumulată a livrărilor să depășească pragul valoric minim de 882.000,00 lei, fără TVA.

Având în vedere data limită de depunere a ofertelor, stabilită prin același ordin inițiator pentru 05.09.2018, Consiliul determină că cei 3 ani anteriori datei limită de depunere a ofertelor, în care ofertanții trebuie să fi acumulat experiența similară solicitată, se încadrează în intervalul

septembrie 2015 – septembrie 2018, așa cum corect susține și autoritatea contractantă.

Împrejurarea că data limită de depunere a ofertelor a fost decalată succesiv din 05.09.2018, la 10.09.2018 și apoi la 12.09.2018, nu are nicio relevanță față de precizarea expresă din cadrul criteriului de calificare, având conținutul *„(modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventualele decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare publicat inițial)”,* și nu a avut vreo relevanță nici pentru autoritatea contractantă, așa cum aceasta susține explicit prin punctul de vedere aflat la dosar.

Astfel, este corectă interpretarea autorității contractante referitoare la aplicarea criteriului de calificare în ceea ce privește intervalul de referință cu relevanță în ceea ce privește acumularea experienței similare, contrar susținerii contestatorului.

Mai mult, data limită de depunere a ofertelor a fost decalată din 05.09.2018 până la 12.09.2018, deci la 7 zile față de data inițială, interval nesemnificativ în stabilirea intervalului de referință, cum, de altfel, rezultă și din susținerile autorității contractante care a ales să ia în considerare intervalul septembrie 2015 – septembrie 2018, iar nu 05.09.2015 – 05.09.2019, cum apreciază contestatorul că trebuia procedat, interpretarea autorității contractante fiind, pe cale de consecință, una ce nu-l vatămă pe acesta, ci, din contră.

Prin urmare, Consiliul urmează să verifice dacă ... a demonstrat, prin documentele depuse, îndeplinirea criteriului de calificare cu respectarea exigențelor constând în respectarea intervalului temporal și a pragului valoric impus.

Astfel, după cum rezultă din documentele de calificare depuse de contestator, acesta a prezentat *„Lista principalelor lucrări executate în ultimii 3 ani”,* în care a evidențiat un număr de 3 contracte, a căror copii le-a și prezentat, respectiv:

- Contractul de furnizare produse .., încheiat între ..., în calitate de furnizor, .. în calitate de cumpărător, având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă tip EBCR”* și o valoare de ***178.750 lei***, fără TVA;
- Contractul de vânzare-cumpărare nr..., încheiat între ..., în calitate de furnizor, și S.C. ...R.L. – în insolvență, în calitate de cumpărător, având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cu rupere rapidă C60 B2 (EBCR60) și C65 B2 (EBCR65)”* și o valoare de ***328.612,90 lei***, fără TVA;
- Contractul de vânzare cumpărare nr..., încheiat între ..., în calitate de furnizor, și .. având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cationică tip C65 BP5”* și o valoare de ***520.874,62 lei***, fără TVA.

Ulterior ședinței de deschidere, prin adresa nr...., autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului din perspectiva încadrării contractelor în intervalul de referință, demers pe care Consiliul îl apreciază ca întemeiat de vreme ce unul dintre contracte,

respectiv Contractul de furnizare produse nr.22/03.04.2015, este încheiat în luna aprilie 2015, cu cca 5 luni înainte de debutul intervalului de referință.

Cu adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr.89/1612/13.09.2018, contestatorul a transmis următorul răspuns:

„Conform Anexei la Declarația privind principalele lucrări executate în ultimii 3 ani, rezultă o sumă mai mare decât cea stipulată în OI .... Conform contractelor comerciale încheiate între entități cu capital privat, nu se încheie Recepție finală. Transferul proprietății mărfii se face, conform clauzelor contractuale Art.2.5, în momentul predării către Beneficiar. Spre bună regulă, anexăm avize de expediție, CMR-uri, chiar și facturi. La contractul cu Slurry Italia a fost făcută inclusiv cesiune de creanță cu DRDP Iași.”,

la care apar anexate:

- CMR – uri și avize de însoțire a mărfii, în care cumpărător apare S.C. .. S.R.L., toate emise în anul 2016;

- Contractul de vânzare cumpărare nr.503/25.08.2018, încheiat între ..., în calitate de furnizor, și .. având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cationică tip C65 BP5”* și o valoare de 520.874,62 lei, fără TVA;

- Act adițional nr..., la contractul susmențional, prin care părțile au decis că *„plățile se vor efectua prin cesiunea parțială a creanței ..., în calitate de Debitor Cedent, în baza Contractului de Cesiune de Creanță nr.507/25.08.2016”*;

- Contract de cesiune creanță nr.507/25.08.2018, încheiat între .. în calitate de cedent, și ... în calitate de cesionar.

Analizând aceste documente, Consiliul constată că nu prezintă relevanță în cauză, deoarece Contractul de vânzare - cumpărare nr.503/25.08.2018 este încheiat în perioada de referință și a fost luat în considerare, de către autoritatea contractantă, la stabilirea experienței similare, alături de Contractul de vânzare-cumpărare nr.208/01.03.2016, încheiat cu .. – în insolvență.

Mai mult, respectivul contract face dovada experienței similare a contestatorului care, în baza lui, a furnizat produsele care formau obiectul contractului, fiind indiferent dacă plățile au fost efectuate până la un moment dat de către cumpărătorul S.C. SLURRY ITALIA INT FILIALA BRAȘOV S.R.L. și apoi de un terț în baza contractului de concesiune creanță.

În ceea ce privește Contractul de furnizare produse nr.22/***03.04.2015***, încheiat anterior momentului care marchează începutul intervalului de referință și pe care autoritatea contractantă nu l-a luat în considerare la stabilirea experienței similare, Consiliul constată că, prin răspunsul la clarificări, ... nu a făcut nicio precizare și nu a depus niciun document.

Legat de acest contract, prin contestație, ... invocă un singur argument în sensul că ar fi apt să facă dovada experienței similare, și acesta constă în indicarea Documentului constatator nr.21/19799 emis în

data de 03.02.2016, din care ar rezulta că furnizarea produselor s-a finalizat la data de 06.11.2015, aflată în interiorul intervalului de referință.

Dincolo de împrejurarea că documentul menționat nu se regăsește depus la dosarul cauzei, pentru a se considera că respectivul contract face dovada experienței similare era necesar să se demonstreze că întreaga cantitate de produse a fost furnizată în perioada de referință, iar nu că furnizare a fost finalizată în cadrul perioadei de referință, cum susține contestatorul.

De asemenea, în situația în care doar o parte din cantitate a fost furnizată în perioada de referință este evident că autoritatea contractantă nu avea dreptul să ia în considerare decât aceea parte ca reprezentând experiență similară, iar nu întreaga cantitate aferentă contractului.

Se reține în acest sens chiar prevederile art.8 din Instrucțiunea nr.2/2017, emisă de ANAP, invocate de contestator și care, deși prezintă relevanță la etapa de elaborare a documentației de atribuire, stabilesc că este restrictivă cerința prin care se solicită prezentarea unor contracte semnate/încheiate/începute strict în ultimii 3 ani, deoarece există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat/început contractul în urmă cu mai mult de 3 ani, *însă să poată prezenta experiența similară realizată în perioada solicitată*. Cu alte cuvinte, s-a dorit să se permită a fi luată în considerare experiența similară acumulată în perioada de referință stabilită de autoritatea contractantă dar care izvorăște dintr-un contract semnat/încheiat/început anterior acestei perioade, iar nu să se ia în considerare experiența similară aferentă întregului contract semnat/încheiat/început anterior perioadei stabilită de autoritatea contractantă, doar pentru că acesta s-a încheiat în perioada de referință stabilită de autoritatea contractantă

Astfel fiind, interpretarea contestatorului este una eronată, acesta încercând, în fapt, obligarea autorității contractante să accepte o experiență similară în afara perioadei de referință stabilită prin actele procedurii.

Cum ... nu a făcut dovada experienței similare rezultată din Contractul de furnizare produse nr.22/03.04.2015, care să se încadreze în perioada de referință, Consiliul reține că în mod corect autoritatea contractantă nu a luat în considerare acest contract la dovedirea îndeplinirii criteriului de calificare, decizia de respingere a ofertei contestatorului fiind una întemeiată.

Totodată, contestatorul a încălcat prevederile art.249 C.proc.civ. *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”, deoarece nu a prezentat argumente susținute cu probe care să conducă la formarea convingerii Consiliului în sensul temeiniciei afirmației conform căreia a îndeplinit criteriul de calificare aflat în discuție și, astfel, contestația ar trebui admisă.

În ceea ce privește cererea contestatorului de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată că, deși adresa de comunicare rezultatului procedurii nr.60/1202/17.09.2018 a fost redactată la modul general, contestatorul a înțeles motivul concret de respingere a ofertei lui și a prezentat, în cadrul contestației, apărări în combaterea acestuia, astfel că, ținând seama și de soluția prefigurată în urma analizei efectuată, solicitarea va fi respinsă.

Mai mult, întocmirea unei comunicări a rezultatului procedurii de atribuire cu nerespectarea rigorilor impuse de lege nu este de natură a vicia întreaga procedură de atribuire, astfel încât să atragă anularea acesteia, ci doar o eventuală anulare a respectivului act funcție de circumstanțe.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2106, Consiliul urmează să respingă contestația, ca nefondată.

Cererea privind plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, va fi respins în raport cu prevederile alin.9 al articolului de mai sus, deoarece nu s-a stabilit vreo culpă procesuală în sarcina autorității contractante.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ....

Respinge cererea de plată a cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii 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.

...

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului în ceea ce privește capătul subsidiar de cerere, din contestația depusă de ..., vizând anularea procedurii, opinia mea separată purtând asupra celorlalte cereri din contestație.

Astfel, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, reținem cele ce urmează:

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată ..., prin adresa nr. 60/202 din 17.09.2018, în care se arată că, în urma analizării documentelor prezentate și a răspunsului societății la clarificarea cerută, comisia de evaluare a considerat că nu este îndeplinită cerința de calificare vizând experiența similară, astfel încât oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, conform art. 215 alin. (4) teza 2) din Legea nr.98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând:

„1. Anularea rezultatului procedurii de atribuire, anularea adresei nr. 60/1202/17.09.2018, emisă de către comisia de evaluare din cadrul ..., a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum şi a tuturor actelor subsecvente acesteia;

2. Obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei depuse de ...;

3. Emiterea unui nou rezultat, respectiv a unui raport privind rezultatul procedurii de atribuire a „Acordului-cadru achiziţie emulsii bituminoase cationice pentru 2 ani. ,,,".

4. În subsidiar, anularea procedurii de atribuire a acordului-cadru, pentru încălcarea prevederilor legale care afectează procedura de atribuire.

Cu cheltuieli de judecată."

Ca o chestiune prealabilă, observ că adresa de comunicare a rezultatului procedurii către ... nu respectă rigorile stabilite de legiuitor prin dispoziția art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia autoritatea contractantă are obligația de a comunica fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.

Or, comunicarea analizată a rezultatului nu cuprinde motivele concrete pentru care autoritatea contractantă a stabilit că, prin documentele și informațiile prezentate, societatea nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de experiență similară. Precizarea, în adresă, ca motiv de respingere, a simplului fapt că cerința a fost considerată neîndeplinită, nu reprezintă o comunicare a rezultatului, în sensul legii, fiind generală și fără elemente concrete, față de situația ofertantei respective, care a înțeles să prezinte documente în dovedirea îndeplinirii

cerinței. O comunicare care să respecte cerințele legale ar fi trebuit să expună considerentele pentru care autoritatea contractantă, în urma analizării actelor și informațiilor primite de la ofertantă, a concluzionat, totuși, asupra neîndeplinirii cerinței.

Este de notorietate faptul că decizia de respingere a unei oferte trebuie motivată, atât în fapt, cât și în drept, o astfel de conduită a autorității contractante fiind de natură să formeze convingerea asupra caracterului temeinic al activității sale. În acest context, stabilesc că cele comunicate ofertantei contestatoare, vizând respingerea ofertei sale, nu respectă rigorile amintite.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta ..., reține că, cerința de calificare, impusă prin Ordinul inițiator nr...., a fost următoarea:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că a livrat în ultimii 3 ani produse de natură și complexitate similară/comparabilă cu furnizarea de produse care fac obiectul acordului cadru până la data limită de depunere a ofertelor (modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventualele decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare publicat inițial), în valoare cumulată de cel puțin 882.000,00 lei fără TVA.

Numărul de contracte nu este limitat. Ultimii 3 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr.2/2017.

Modalitatea de îndeplinire: Documentele justificative care probează îndeplinirea cerinței sunt: - copii ale unor părți relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit; sau recomandări sau certificate constatatoare sau alte documente.”

În strânsă legătură cu modul de interpretare și de aplicare a unei astfel de cerințe de calificare sunt și prevederile art. 8 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017, emisă de ANAP, potrivit cărora *„(1) Este considerată restrictivă formularea de către autoritatea/entitatea contractantă a cerinţei minime privind experienţa similară prin solicitarea prezentării unui/unor contract(e) similar(e) de furnizare semnat(e)/încheiat(e)/început(e) strict în ultimii 3 ani, din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat/început un astfel de contract în urmă cu mai mult de 3 ani, dar să poată prezenta experienţa similară realizată în perioada solicitată.”*

Rezultă, din textul citat al cerinței, coroborat cu interpretarea dată de organismul de reglementare, că aceasta se consideră îndeplinită în următoarele condiții:

- experiența similară este reprezentată de livrări de produse de natură și complexitate similară/comparabilă cu cele supuse prezentei achiziții;
- aceste livrări similare trebuie să fi fost executate în ultimii 3 ani până la data limită de depunere a ofertelor;

- în situația în care contractele invocate ca experiență similară au fost încheiate înainte de debutul perioadei de referință (ultimii 3 ani până la data limită de depunere a ofertelor), urmau a fi luate în considerare livrările de bunuri, realizate în baza respectivelor contracte, în perioada de referință;

- suma acestor livrări cumulate (fără ca numărul de contracte să fie limitat) este de cel puțin 882.000,00 lei fără TVA.

În îndeplinirea cerinței de calificare vizând experiența similară, ... a prezentat *„Lista principalelor lucrări executate în ultimii 3 ani”,* în care a evidențiat un număr de 3 contracte, ale căror copii le-a și prezentat, respectiv:

- Contractul de furnizare produse nr. ... încheiat între ..., în calitate de furnizor, și ... în calitate de cumpărător, având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă tip EBCR”* și o valoare de ***178.750 lei***, fără TVA;

- Contractul de vânzare-cumpărare nr. .., încheiat între ..., în calitate de furnizor, și ... – în insolvență, în calitate de cumpărător, având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cu rupere rapidă C60 B2 (EBCR60) și C65 B2 (EBCR65)”* și o valoare de ***328.612,90 lei***, fără TVA;

- Contractul de vânzare cumpărare nr. ../***25.08.2016***, încheiat între ..., în calitate de furnizor, și .. având ca obiect *„Emulsie bituminoasă cationică tip C65 BP5”* și o valoare de ***520.874,62 lei***, fără TVA.

Din susținerile autorității contractante, regăsite în punctul de vedere la contestație, rezulta că ceea ce a condus la prezenta dispută este contractul de furnizare produse nr. 22/03.04.2015, invocat de către societatea contestatoare, contract încheiat înainte de perioada de referință.

Cât privește această perioadă de referință, tot din susținerile autorității contractante, rezultă că aceasta a fost septembrie 2015 – septembrie 2018, astfel încât devin lipsite de interes orice alegații vizând prelungirea datei limită de depunere a ofertelor, prelungire care a avut loc pe durata lunii septembrie a anului 2018.

Drept urmare, aspectul care trebuia clarificat de către autoritatea contractantă și asupra căruia ofertanta trebuia să prezinte dovezi era valoarea livrărilor de bunuri, realizate în baza contractul de furnizare produse nr. 22/03.04.2015, în perioada începând cu luna septembrie a anului 2015, eventualele livrări executate în perioada aprilie-august (inclusiv) 2015 fiind în afara perioadei de referință și neputând fi luate în considerare.

Potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau*

solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei."

Prin adresa nr. 60/1177 din 12.09.2018, față de situația că ... a prezentat trei contracte de furnizare produse similare din care nu reiese modalitatea de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă a cerut societății să menționeze cum va îndeplini această cerință, având în vedere că suma valorilor din cele două contracte, care se încadrează în ultimii 3 ani, este mai mică decât valoarea impusă prin Ordinul inițiator nr...., respectiv 882.000,00 lei fără TVA.

... a răspuns prin documentul înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 89/1612 din 13.09.2018, astfel:

„Conform Anexei la Declarația privind principalele lucrări executate în ultimii 3 ani, rezultă o sumă mai mare decât cea stipulată în OI .... Conform contractelor comerciale încheiate între entități cu capital privat, nu se încheie Recepție finală. Transferul proprietății mărfii se face, conform clauzelor contractuale Art.2.5, în momentul predării către Beneficiar. Spre bună regulă, anexăm avize de expediție, CMR-uri, chiar și facturi. La contractul cu Slurry Italia a fost făcută inclusiv cesiune de creanță cu DRDP Iași."

Văzând demersul autorității contractante din adresa nr. 60/1177 din 12.09.2018, constat că aceasta a înțeles să manifeste rol activ în evaluarea documentelor depuse de ... și să își exercite dreptul acordat de legiuitor prin prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Însă, pentru a produce efecte, o astfel de clarificare trebuie să respecte și rigorile stabilite prin dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016, care reglementează următoarele:

"(1) ***Comisia de evaluare are obligaţia*** *de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.*

(4) Comunicarea *transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant* ***trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare****."*

Astfel, pentru ca o solicitare de clarificare să fie efectivă, să producă efecte, în sensul obținerii unui răspuns util de partea operatorului economic căruia îi este adresată, este necesar să fie clară, explicită, să indice documentele și informațiile asupra cărora poartă și să precizeze, în mod explicit, nivelul de așteptare al autorității contractante, respectiv informațiile de care aceasta are nevoie în sensul stabilirii asupra conformității ofertei analizate.

Or, într-o asemenea situație, a cere ofertantului să menționeze cum va îndeplini cerința de experiență similară, având în vedere că suma

valorilor din cele două contracte care se încadrează în ultimii 3 ani este mai mică decât valoarea impusă (fără a preciza, în mod clar, că aspectul de clarificat este reprezentat de cel de-al treilea contract, încheiat în afara perioadei de referință, și fără a se indica informațiile și probele ce urmează a fi depuse de ofertantă în verificarea îndeplinirii cerinței, așa cum este interpretată de ANAP), nu reprezintă o clarificare în sensul legii, care să producă eventualele efecte pe care legiuitorul le-a prevăzut ca posibil incidente și chiar acceptabile.

Evaluarea ofertei și eventuala clarificare a acesteia nu reprezintă un proces pur formal al comisiei de evaluare, în care să fie emise acte care să nu conducă la o finalitate obiectivă și necesară. Rolul activ al autorității contractante se manifestă prin exercitarea drepturilor și obligațiilor sale legale, dar și prin conținutul actelor emise în consecință, conținut care trebuie să respecte rigorile legale, dar care trebuie să fie și de un real folos ofertanților (în înțelegerea aspectelor ce sunt necesar a fi lămurite și a modalității în care acest lucru poate și trebuie realizat), cât, mai ales, autorității contractante al cărei interes este de a păstra în procedura competițională oferte care să îi satisfacă necesitățile de achiziție.

Astfel, stabilesc că adresa transmisă de autoritate ofertantei contestatoare nu reprezintă o clarificare a ofertei, în sensul legal al noțiunii.

În această situație nu se poate reține culpa ofertantei în modul în care a înțeles să răspundă demersului autorității contractante, aceasta, dată fiind exprimarea lacunară și nespecifică a autorității contractante, având o plajă largă de posibilități de înțelegere a cererii si de exprimare a răspunsului său.

Drept urmare, conchid că, față de documentele inițial prezentate de ..., în dovedirea îndeplinirii cerinței de experiență similară, îi revenea autorității contractante sarcina de a cere acestei societăți informații și probe din care să rezulte valoarea livrărilor de produse, realizate în perioada de referință, în baza contractului de furnizare produse nr. 22/03.04.2015, numai într-o astfel de situație putându-se vorbi de o evaluare în limitele și spiritul legii a documentelor depuse de societatea contestatoare.

Pentru a se putea conchide asupra legalității unei decizii a autorității contractante, în sensul respingerii unei oferte, este necesar ca întregul set de acțiuni ale autorității, anterioare și determinante în luarea deciziei, să fi respectat dispozițiile legale.

Ca o consecință a celor analizate, stabilesc că decizia autorității contractante, de a respinge oferta ..., este luată fără a fi parcursă etapa de clarificare reală și efectivă a singurei chestiuni necesar a fi lămurită, respectiv experiența similară a ..., decurgând din contractul de furnizare produse nr. 22/03.04.2015.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor

sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, consider ca ar trebui admise capetele de cerere principale, din contestația depusă de ..., și ar trebui anulate actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei ....

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, consider ca autoritatea contractantă ar trebui obligată la reanalizarea ofertei depusă de ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în opinia separată.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, consider ca autoritatea contractantă ar trebui obligată la plata către ... a sumei de 2.000 lei, reprezentând parte din contravaloarea onorariului avocațial în valoare de 8.330 lei (conform factura seria RVSF nr. 1696 din 05.10.2018 și conform ordin de plată nr. 106 din 09.10.2018) dată fiind complexitatea speței, prin aplicarea dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 451 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă.

.

....