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

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ....
Data: ....

Prin contestația nr. 1220 din data de 24.06.2019, transmisă prin poșta electronică la data de 10.06.2019 ora 17:03, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23636 din data de 25.06.2019, formulată de .....SRL, cu sediul social în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ...., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... în calitate de administrator, și convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați .....acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria B nr. 4871777 din data de 24.06.2019, depusă în original la dosarul cauzei, împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 2734 din data de 19.06.2019, împotriva tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a actelor subsecvente, emise de către COMUNA ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Construirea unei centrale fotovoltaice 150 Kw cu racord la sistemul energetic național, comuna ....., județul .....” cod CPV 45251100-2 Lucrări de construcții de ce3ntrale electrice (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea deciziei de respingere a ofertei depuse de .....SRL, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a actelor subsecvente;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor de la etapa verificării admisibilității ofertei depuse de .....SRL.

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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. 1220 din data de 24.06.2019, transmisă prin poșta electronică la data de 10.06.2019 ora 17:03, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23636 din data de 25.06.2019, formulată de .....SRL, împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 2734 din data de 19.06.2019, împotriva tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a actelor subsecvente, emise de către COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Construirea unei centrale fotovoltaice 150 Kw cu racord la sistemul energetic național, comuna ....., județul .....”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare .....din data de 28.02.2019, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

.....SRL critică decizia autorității contractante, comunicată prin adresa nr. 2734/19.06.2019, de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă și neconformă, autoritatea contractantă considerând că:

- garanția de participare a fost constituită de o societate care nu face parte din prezenta procedură de atribuire;

- experiența similară prezentată de .....SRL prezentată în cadrul DUAE include TVA;

- ofertantul nu îndeplinește cerința privind experiența similară a subcontractantului;

- comisia de evaluare nu distinge cine va asigura proiectarea și, respectiv execuția.

Contestatoarea precizează că a depus polița de asigurare de garanție necondiționată nr. 0195838/14.03.2019, instrumentul de garanție, care conține toate elementele de identificare ale .....SRL, ale autorității contractante și ale procedurii de atribuire, în cuantumul și valabilitatea impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și ordinul de plată pentru achitarea primei de asigurare emis de ..... SRL, ca dovadă a plății.

De asemenea, aceasta arată că faptul că plata a fost făcută de un terț, parte din același grup de firme cu ofertantul, nu are implicații asupra valabilității garanției de participare, invocând prevederile art. 1472 sin Codul Civil, precum și decizii emise anterior de către CNSC, riscul autorității contractante fiind acoperit în condițiile în care aveasta este efectiv constituită.

În ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, contestatoarea susține că a prezentat pentru partea de execuție, contractul nr. 1862/28.10.2016, cu o valoare de 1.047.074,57 lei, iar, pentru partea de proiectare, a invocat susținerea terțului .....SRL, care a prezentat, în cadrul DUAE, contractul nr. 3009/18.01.2017.

.....SRL arată că existența în DUAE a valorii cu TVA, nu poate constitui motiv de respingere a unei oferte, ci cel mult. poate fi considerată ca un viciu de formă ce poate fi remediat printr-o solicitare de clarificări.

Legat de experiența similară a subcontractantului, contestatoarea precizează că ..... SRL nu are calitatea de participant, ci de subcontractant pentru care nu nu se pooate cere îndeplinirea unor cerințe privind capacitatea tehnică și profesională la acest moment al procedurii de atribuire, menționând și faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat înlocuirea subcontractantului în temeiul art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Privitor la neclaritatea legată de cine va presta serviciile de proiectare și cine va executa lucrarea, contestatoarea arată că este unic prestator al serviciilor de proiectare și executant al lucrărilor, cu excepția celor executate de subcontractul declarat.

Această apreciază că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism exagerat în evaloarea ofertei sale încălcând astfel prevederile legale în vigoare în materia achizițiilor publice.

Autoarea contestației solicită acces la dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 2812/26.06.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 24299/27.06.2019, autoritatea contractantă a transmis, în original,

punctul de vedere și în copie certificată pentru conformitate cu originalul, o parte din dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulate de .....SRL, ca tardiv formulată, invocând prevederile art. 182 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, susținând că aceasta a depus contestațiile la CNSC și la autoritatea contractantă după încheierea programului de lucru.

Având în vedere cererea din cuprinsul contestației, privind accesul la dosarul achiziției publice aferent procedurii ce face obiectul cauzei, prin adresa nr. 26048/1227/C11/09.07.2019, Consiliul a invitat contestatoarea la sediul instituției, până la data de 12.07.2019, în vederea studierii documentelor dosarului achiziției transmis de autoritatea contractantă, eventuale concluzii scrise urmând a fi transmise în cadrul aceluiași termen.

Contestatoarea nu a răspuns invitației Consiliului privind accesul la dosarul achiziției dar, prin adresa nr. 1317/11.07.2019, transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu cu nr. 26684/11.07.2019, a formulat „Concluzii scrise" în urma Punctului de vedere al autorității contractante, prin care își menține criticile și solicitările adresate Consiliului, contrazicând totodată susținerile autorității contractante din punctul de vedere.

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

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Construirea unei centrale fotovoltaice 150 Kw cu racord la sistemul energetic național, comuna ....., județul .....", prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare .....din data de 28.02.2019, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 15.03.2019 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut", valoarea estimată a contractului fiind de 722.472,80 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea .....SRL a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205559763/1 emisă de CEC Bank în data de 04.07.2019, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 35.000,00 lei.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. 2731/19.06.2019, au fost depuse 3 oferte, cea aparținând contestatoarei fiind respinsă, ca inacceptabilă și neconformă din motivele enunțate mai sus.

Prin prezenta contestație, ...SRL formulează critici cu privire la motivele de respingere, susținând că a îndeplinit cerințele documentației de atribuire și că modul de evaluare al ofertei sale încalcă prevederile legale, fiind de un formalism exagerat.

În ceea ce privește legalitatea garanția de participare, Consiliul constată că .....SRL a prezentat documentele în forma prevăzută de lege, acestea acoperind fără niciun dubiu „riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire", conform prevederilor art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare; faptul că plata primei de asigurare a fost efectuată de un alt operator economic, permisă în virtutea posibilității unei înțelegeri de compensare a datoriilor între operatorii economici implicați, nu poate constitui motiv de respingere a unei oferte, deoarece, pe de o parte, în acest caz, instrumentul de garantare cerut prin documentația de atribuire nu este ordinul de plată ci polița de asigurare și anexele sale, iar, pe de altă parte, beneficiarul plății, respectiv societatea de asigurări, a acceptat respectiva plată și a emis un instrument de garantare valabil.

Referitor la faptul că valoarea contractului de lucrări declarat ca lucrare similară conține TVA, Consiliul constată că, în condițiile în care valoarea fără TVA îndeplinește cerința de calificare, această eroare nu poate conduce la respingerea unei oferte, mai ales că, în cazul în care va fi declarat câștigător, are obligația de a prezenta documente doveditoare.

Legat de faptul că ofertantul nu îndeplinește cerința privind experiența similară a subcontractantului, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă și-a rezervat, prin documentația de atribuire, dreptul de a solicita informații și documente privind capacitatea tehnică și profesională pentru subcontractanții declarați, în adresa de solicitare de clarificări nr. 1370/29.03.2019 nu a invocat ca temei legal intenția sa de a se prevala de acest drept, ci s-a limitat la solicitarea de a completa experiența similară în DUAE subcontractant, raportată la procentul de subcontractare declarat, solicitare neclară ce poate fi asociată cu cerința privind experiența similară solicitată ofertantului, fiind încălcate prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv "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", interpretare în care răspunsul contestatoarei este concludent.

Având în vedere faptul că, în documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a precizat ce documente și informații va solicita și modul de evaluare al acestora, dând dovadă de lipsă de transparență, Consiliul apreciază că o astfel de solicitare apare ca fiind necesară numai în cazul în care subcontractantul în cauză va executa lucrări cu un grad de complexitate ridicat, corelarea solicitării numai cu procentul de subcontractare, care este o exprimare valorică nu din punctul de vedere al complexității, fiind o încălcare a principiului proporționalității.

Consiliul constată netemeinicia susținerii autorității contractante conform căreia comisia de evaluare nu distinge cine va asigura proiectarea și, respectiv execuția deoarece, în conformitate cu oferta depusă și răspunsul la clarificări, contestatoarea va presta serviciile de proiectare și va executa lucrările aferente în proporție de 80%, iar subcontractantul declarat va executa 20% din lucrările aferente, conform acordului de subcontractare existent, terțul susținător neavând decât rolul de a asigura îndeplinirii cerinței privind experiența similară pentru partea de proiectare.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul reține că susținerea autorității contractante privind neîndeplinirea criteriilor de calificare de către oferta contestatoarei apare ca fiind incorectă, în fapt, motivele invocate referindu-se la aspecte formale, nerelevante din punctul de vedere al dovedirii capabilității tehnice a ofertantului în cauză, niciunul dintre motivele invocate nefiind de natură să ducă la concluzia că acesta nu va putea presta și executa serviciile de proiectare și lucrările necesare în termenul și la nivelul de calitate impus prin caietul de sarcini.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv în evaluarea ofertei .....SRL, încălcând, prin invocarea de motive subiective nefundamentate legal, principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și obligația de a promova concurența între operatorii economici.

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 achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația depusă de .....SRL, în contradictoriu cu COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 2731/19.06.2019 și actele subsecvente acestuia, va obliga autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reevaluarea ofertelor cu acceptarea ca validă a garanției de

participare depusă de .....SRL și cu acceptarea faptului că aceasta a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația depusă de .....SRL, în contradictoriu cu COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, anulează raportul procedurii de atribuire nr. 2731/19.06.2019 și actele subsecvente acestuia, obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reevaluarea ofertelor cu acceptarea ca validă a garanției de participare depusă de .....SRL și cu acceptarea faptului că aceasta a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

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