



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /
Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, înaintată de SC SRL, cu sediul în județul, cu punct de lucru și adresă de corespondență, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin – director general, formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect "Modernizare DC 268 SBOGHTESTI-NUCSOARA-BRADETU", inițiată prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. /, s-a solicitat Consiliului, în principal, obligarea autorității contractante la

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cererii 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 critică, pe de o parte, cerințele privind modul de dovedire a experienței similare și perioada garanției de bună execuție, iar pe de altă parte, refuzul autorității contractante de a decala termenul pentru depunerea ofertelor în condițiile existenței unei multitudini de modificări și

completări ale documentației de atribuire, despre existența cărora a luat cunoștință la data de 14.04.....

Astfel, contestatoarea se arată nemulțumită, în primul rând, de cerința din Fișa de date a achiziției potrivit căreia ofertanții trebuie să facă dovada deținerii unei experiențe similare în valoare de 6.729.910 lei prin prezentarea a maxim două contracte. În opinia sa, această cerință este una restrictivă și de natură a avantaja anumiți operatori economici. De asemenea, apreciază că simpla motivație că fișa de date a achiziției a fost aprobată de ANAP nu poate justifica limitele maxime impuse deoarece legiuitorul nu impune un număr maxim prin care operatorii economici pot face dovada capacității tehnice și/sau financiare.

De asemenea, SC SRL critică și cerința de la cap. III.1.1.b) Garanția de bună execuție, din fișa de date a achiziției, prin care autoritatea contractantă impune o perioadă de 120 de luni, considerând că aceasta contravine Legii nr. 163/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 10/1995.

Totodată, contestatoarea arată că, în data de 14.04....., autoritatea contractantă a încărcat în SEAP caietele de sarcini pe care omisese să le încarce anterior, a postat Programul de control al calității, a înlocuit o serie de formulare și a remediat o confuzie privind obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, care, inițial a produs controverse cu privire la lucrările ce trebuie efectuate. Cu toate acestea a refuzat să decaleze termenul pentru depunerea ofertelor, neținând seama de sărbătorile pascale, cu zile libere integral.

În acest context, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2 alin. (2), art. 154, art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 precum și pe cele ale art. 103 din HG nr. 395/2016.

Prin punctul de vedere nr. 1994/21.04....., înregistrat la Consiliu cu nr. 15031/21.04....., autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulată de SC SRL și continuarea procedurii de atribuire.

În susținere, autoritatea contractantă arată că fișa de date a achiziției a fost întocmită în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016, iar condițiile de participare la procedură au fost elaborate și aprobate de către ANAP.

În opinia sa, dată fiind complexitatea lucrărilor ce urmează a fi efectuate, are dreptul de a solicita operatorilor economici îndeplinirea anumitor condiții tehnice de participare, aceștia având obligația de a demonstra că au capacitatea tehnică și financiară necesară pentru realizarea unei astfel de lucrări. Totodată, arată că operatorii economici care nu îndeplinesc criteriile impuse prin documentația de atribuire au posibilitatea de a se asocia pentru a

putea participa la procedură, astfel încât accesul la procedură nu este restricționat.

Autoritatea contractantă mai precizează că a publicat invitația de participare în data de, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 24.04....., ora 15,00, fapt care, în opinia sa, demonstrează că a luat în calcul și zilele libere din perioada sărbătorilor pascale.

Cu privire la garanția de bună-execuție de 120 de luni, autoritatea contractantă susține că operatorul economic contestator se află într-o gravă eroare deoarece, în Legea nr. 163/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 10/1995, se prevede, pentru lucrările de categoria C, o garanție de minim 3 ani, dar nu este prevăzută o perioadă maximă.

Cu privire la Programul de control al calității și la caietele de sarcini, arată că acestea au fost postate în SEAP în data de 14.04....., fapt ce oferă un termen suficient agenților economici pentru întocmirea unei oferte până la data de 24.04..... fiind în concordanță cu art. 113 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea a transmis adresa nr. 367/25.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. 15589/25.04....., prin care arată că întocmirea și aprobarea documentației de atribuire este atributul strict al autorității contractante, astfel încât aceasta nu se poate disculpa susținând că respectiva documentație a fost aprobată de ANAP. În plus, verificarea ANAP are în vedere doar forma nu și fondul documentației de atribuire. În susținere, invocă prevederile art. 21, art. 23 și art. 31 din HG nr. 395/2016.

Totodată, consideră că este o ingerință a autorității contractante impunerea unei asocieri în vederea participării la procedură, modalitatea de prezentare la procedură (asociere, susținere sau subcontractare) fiind opțiunea operatorilor economici.

Referitor la solicitarea de decalare a termenului, arată că aceasta a fost determinată de volumul mare de clarificări ce au dus la modificarea consistentă a documentației de atribuire.

În opinia sa, pe lângă faptul că a refuzat decalarea termenului, autoritatea contractantă este în culpă și deoarece a omis, intenționat sau nu, o serie de răspunsuri, cum era obligată de prevederile art. 160 din Legea nr. 98/2016. Astfel, arată că nu a răspuns solicitărilor sale ce vizau specificarea tipurilor de indicatoare pe fiecare tronson în parte sau corectarea transporturilor cu autoremorcherul de peste 20 t, în sensul corelării gabaritului cu numărul de tuburi ce se pot pune la o cursă.

De asemenea, atrage atenția că unele răspunsurile formulate de autoritatea contractantă la solicitările sale de clarificări, cum ar fi răspunsul din data de 18.04.2016, nu respectă cerințele prevăzute

la art. 160 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în sensul că întrebările nu sunt urmate, fiecare, de răspunsul aferent.

Contestatoarea mai arată că, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă a adăugat cantități dar valoarea estimată a rămas nemodificată. În acest sens, face trimitere la răspunsul la clarificări ce modifică semnificativ valoarea estimată, articol pe Tronson 01, poziția 14.1, Formular F3, caseta prefabricată tip R1 = 788 buc.

Astfel fiind, contestatoarea reiterează solicitarea de obligare a autorității contractante la remedierea celor semnalate, la refacerea documentației de atribuire și la decalarea termenului de depunere a ofertelor sau, după caz, de anulare a procedurii.

Prin adresa nr. 2349/10.05....., înregistrată la CNSC cu nr. 18139/....., ... a transmis Consiliului următoarele precizări:

În data de 10.04....., ora 16:18, SC SRL a depus, la secțiunea "ÎNTREBĂRI" din SEAP, un document intitulat „Notificare”.

Răspunsul la solicitările operatorului economic a fost publicat în SEAP, la aceeași secțiune, sub denumirea: [RFQ0092161/018]CLARIFICARI.doc.p7s, iar la secțiunea: "Clarificări, decizii la documentația de atribuire" se regăsește astfel: "clarificare [RFQ0092161/019]CLARIFICARI.doc.p7s".

Prin adresa nr. 401/....., înregistrată la CNSC cu nr. 18327/....., SC SRL a transmis Consiliului:

- Dovada datei și orei de postare a Notificării depuse în SEAP - 10.04....., ora 16:18
- Detaliere Notificare - dovada depunerii în termenul legal
- Notificarea
- Punct de vedere cu privire la răspunsurile autorității contractante la Notificare.

În punctul de vedere transmis, contestatoarea precizează următoarele:

Pentru întrebarea nr.1 privind nr. de contracte, ca justificare a experienței similare, răspunsul autorității contractante este apreciat ca neîntemeiat, încălcând instrucțiunile ANAP, în sensul că, inclusiv ca bună practică nu limitează justificarea experienței similare la 2 contracte. La procedurile anterioare organizate de care au avut ca obiect aceeași investiție (dar care din anumite motive au fost anulate), nu a fost impusă această restricție.

Pentru întrebarea nr. 2, răspunsul este parțial, autoritatea contractantă postând în SEAP caietele de sarcini solicitate, dar omițând să ofere explicații privind fisele tehnice.

Pentru întrebarea nr. 3, răspunsul autorității încalcă legislația excedând AND 554-2002 și nu justifică majorarea cu de peste 3 ori a minimului legal cu privire la perioada garanției de bună execuție impusă. Răspunsul nu ține cont nici de specificul zonei (zonă cu exploatare forestieră - autovehicule specifice de mare tonaj) care

conduce la o degradare accelerată a drumului, cerința fiind abuzivă și disproportională.

Pentru întrebarea nr. 4, s-a răspuns cu o completare și nu cu o clarificare.

Pentru întrebarea nr. 5, răspunsul oferit nu este la întrebarea pusă de contestatoare, deoarece nu clarifică solicitarea privind costurile de întreținere-exploatare, refacere mediu, cadru natural, etc din fișă.

Pentru întrebarea nr. 6, în data de 13.04....., autoritatea contractantă a completat documentația cu Programul de control al calității lucrărilor ajunse în faza determinantă, lipsă din documentația inițială, acest program fiind parte din viitoarea Propunere Tehnică.

Pentru întrebarea nr. 7, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a corectat eroarea din conținutul DUAЕ, care era postată pentru o altă investiție anterioară.

Pentru întrebarea nr. 8, ... a răspuns negativ, ignorând multitudinea de întrebări, atât ale contestatoarei, cât și ale altor operatori economici, majoritatea fiind întrebări de ordin tehnic, răspunsurile dovedind precaritatea documentației.

Fără a se ține cont că la punctele 2, 4, 6 și 7 din notificare autoritatea contractantă nu a răspuns conform legii, contestatoarea apreciază că nu se justifică răspunsul autorității în ceea ce privește decalarea termenului.

Prin clarificări, din punct de vedere tehnic și financiar, s-au modificat consistent datele documentației de atribuire.

SC SRL opinează că toată procedura derulată de, până la data contestării, a adus grave atingeri principiilor proporționalității și nediscriminării, principii ce guvernează legislația în domeniul achizițiilor publice.

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

..... a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Modernizare DC 268 SBOGHTESTI-NUCSOARA-BRADETU”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr./....., în cadrul căruia a fost atașată și documentația de atribuire. Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 6.729.910 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită pentru 24.04....., ora 15,00.

Nemulțumită fiind de o serie de prevederi ale documentației de de atribuire, precum și de faptul că autoritatea contractantă nu a decalat termenul de depunere a ofertelor în contextul în care, în data de 14.04....., a adus mai multe modificări și completări documentației de atribuire, SC SRL, după parcurgerea

procedurii notificării prealabile prevăzută la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la

Verificând temeinicia susținerilor contestatoarei, Consiliul constată că o primă critică exprimată de aceasta vizează cerința de calificare privind experiența similară, așa cum a fost stabilită de autoritatea contractantă, și pe care o apreciază ca fiind restrictivă prin numărul de maxim două contracte similare prin care poate fi demonstrată și îndeplinită.

Față de această critică se rețin ca fiind incidente următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 178

"(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut."

- art. 179

"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;"

După cum se poate observa, legiuitorul nu a reglementat numărul maxim ori minim al contractelor care pot fi solicitate ca dovedind experiența similară a ofertantului, caz în care aprecierea legalității unei cerințe de experiență similară, din acest punct de vedere, se realizează pornind de la respectarea principiului proporționalității, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, valoarea și modalitatea de satisfacere a cerinței de experiență similară, aspecte care demonstrează capacitatea tehnică, organizatorică, financiară și umană a operatorului economic de a îndeplini contractul de achiziție publică la nivelul cerut de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, trebuie să fie proporționale cu complexitatea contractului de achiziție publică a cărui atribuire se urmărește prin derularea procedurii de atribuire.

În aceste condiții, a considera lipsită de proporționalitate solicitarea unei experiențe similare având valoarea contractului ce va fi atribuit și care urmează a fi dovedită prin cumularea prestațiilor din maxim două contracte anterioare, este o apreciere eronată. Pentru a verifica dacă operatorul economic deține capacitățile necesare de a gestiona un contract de complexitatea celui ce va fi atribuit, este necesar a se dovedi că, în precedent, acesta a executat și finalizat în bune condiții contracte de complexitate cel puțin similară. A dilua experiența similară prin acordarea posibilității de prezentare a mai multor contracte de complexitate redusă, nu conduce la demonstrarea capacității operatorului economic respectiv că deține acele aptitudini și resurse care să îi permită executarea și finalizarea unei lucrări mai complexe decât cele realizate anterior, și nu este de natură să formeze convingerea autorității contractante că atribuirea contractului se face către entitatea economică potrivită să îi satisfacă exigențele descrise în documentația de atribuire.

Date fiind cele expuse, Consiliul stabilește ca legală cerința de calificare privind experiența similară, așa cum a fost stabilită de autoritatea contractantă, critica în acest sens fiind nefondată.

O altă critică exprimată de contestatoare vizează durata garanției de bună execuție impusă de autoritate prin documentația de atribuire. Astfel, durata acesteia, de 120 de luni, este apreciată de SC SRL ca încălcând prevederile Legii nr. 163/2016.

Potrivit art. 7 alin. (3) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, așa cum a fost modificată și completată prin Legea nr. 163/2016, *„Perioada de garanție se prevede în contractele încheiate între părți, în funcție de categoriile de importanță ale construcțiilor stabilite potrivit legii, și va avea o durată minimă, după cum urmează:*

- 5 ani pentru construcțiile încadrate în categoriile de importanță A și B;

- 3 ani pentru construcțiile încadrate în categoria de importanță C;

- 1 an pentru construcțiile încadrate în categoria de importanță D. Perioada de garanție se prelungește cu perioada remedierii defectelor calitative constatate în această perioadă.”

Văzând reglementarea invocată de către contestatoare, Consiliul reține că aceasta impune doar durata minimă a garanției care se cere și care se acordă lucrărilor executate, fără a stabili o durată maximă ce poate fi solicitată. În aceste condiții, având în vedere și că autoarea contestației nu aduce alte motive pentru care o atare garanție solicitată de autoritatea contractantă ar fi nelegală, Consiliul stabilește că ea nu încalcă prevederea legală incidentă din Legea nr. 10/1995 și că nu se identifică motive pentru care ar trebui modificată.

Cât privește celelalte mențiuni din contestația depusă de SC SRL, Consiliul constată că acestea se subsumează pretenției contestatoarei de a se fi prelungit perioada de depunere a ofertelor, determinant în această situație, conform opiniei sale, fiind faptul că în data de 14.04....., cu 10 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor (perioada ce cuprinde și sărbătorile de Paști), autoritatea contractantă a realizat o serie de modificări și adăugiri la documentația de atribuire.

Referitor la acest aspect, Consiliul observă că autoarea contestației nu indică acele aspecte de fapt, obiective care, în aprecierea sa, conduc la imposibilitatea ca, în intervalul de 10 zile dintre clarificările postate în SEAP la data de 14.04..... și data limită de depunere a ofertelor stabilită pentru 24.04....., să fie elaborată o ofertă care să răspundă tuturor exigențelor autorității contractante, reieșind din documentația de atribuire și clarificările ulterioare la aceasta.

Pentru acest motiv, Consiliul stabilește ca nefondată și nemotivată solicitarea contestatoarei de prelungire a termenului de depunere a ofertelor.

Având în vedere cele expuse, Consiliul apreciază că în speță nu se identifică motive de fapt și de drept pentru care să fie dispusă măsura anulării procedurii, cerută în subsidiar de către SC SRL.

Referitor la celelalte motive de contestare, expuse de către SC SRL cu ocazia formulării răspunsului la punctul de vedere al autorității contractante și cu ocazia mențiunilor aduse Consiliului în ceea ce privește data formulării notificării prealabile, Consiliul reține caracterul inadmisibil al acestora, reieșit din reglementarea de la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL.
Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile
art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4 exemplare, conține 9 pagini.