



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., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SRL, cu sediul în nr., județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire, privind procedura simplificată, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Achiziție servicii de elaborare a documentațiilor tehnico-economice, asigurarea asistenței tehnice pe perioada de execuție a contractului și execuția lucrărilor privind obiectivul de investiții Înființare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare în, județul, cod CPV 45332000-3, de către, cu sediul în localitatea, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

-suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul Art. 22 (1) și următoarele din Legea 101/2016.

-obligarea autorității contractante de a remedia documentația de atribuire prin modificarea cerințelor Fișei de date cu respectarea Legii 98/2016 și a HG 395/2016, în ceea ce privește drepturile ofertanților care aleg să participe la o procedură de achiziție publică.

-obligarea autorității contractante de a remedia documentația de atribuire prin modificarea unor cerințe ale Caietului de sarcini care se dovedesc a fi restrictive.

-în subsidiar, anularea procedurii de achiziție publică privind anunțul de participare simplificat nr., în temeiul Art. 212 (1) lit. c) din Legea 98/2016.

-obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată.

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a admis-o.

Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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 SRL reclamă documentația de atribuire, considerând-o nelegală din următoarele motive:

În urma analizei documentației de atribuire vizibilă pe SICAP, prin care contestatorul a luat la cunoștință de condițiile de participare la licitație, acesta a constatat următoarele nereguli cu privire la cerințele Fișei de date a achiziției:

-Contestatorul susține că Fișa de date a fost întocmită prin nerespectarea legislației în achiziții publice, referitor la cerința experienței similare.

Inițial Fișa de date a prevăzut ca experiența pentru lucrări similare obiectului contractului să fie dovedită prin contracte realizate într-o perioadă de cel mult 1 an înainte de termenul limită de depunere a ofertelor. Ulterior în urma solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă a publicat Răspunsul consolidat la clarificări și erata prin care a majorat perioada la ultimii 3 ani, astfel:

Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/modernizare/extindere rețele de apa/canalizare și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 3 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte.

Perioada de 3 ani în care trebuie să se regăsească experiența similară privind lucrările contractului, stabilită de autoritatea contractantă prin Erată, este considerată de contestator ca fiind restrictivă și în afara legii întrucât Art.179 din Legea nr. 98/2016 prevede că:

„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.”

Așadar, prevederea legală asigură dreptul unui operator economic să facă dovada experienței sale vis-a-vis de lucrările unui contract de achiziții publice prezentând numărul de contracte stabilit de o autoritate contractantă, executate într-o perioadă de cel mult ultimii 5 ani înainte de

termenul limită de depunere a ofertelor. Contestatorul apreciază că prevederea legală nu dă dreptul autorităților contractante de a diminua această perioadă maximă legală de 5 ani ci doar să stabilească perioade mai mari decât aceasta, în mod justificat.

Mai mult de atât, contestatorul precizează că, în cazul acestei proceduri de achiziție publică, autoritatea contractantă se află în contradicție comparativ cu termenul fixat pentru execuția acestui contract și anume 60 luni/5 ani, adică are pretenția ca operatorii economici să fi executat un contract similar de asemenea anvergură și valoare într-un termen de maxim 3 ani în urmă, în condițiile în care fixează un termen de 5 ani pentru execuția contractului similar pe care dorește să-l atribuie.

-Contestatorul opinează că modul de constituire a garanției de participare nu respectă legislația în achiziții publice.

Referitor la garanția de participare, care a fost stabilită în suma de 232.570,00 lei, fișa de date prevede în mod nelegal că se va vira obligatoriu în contul de trezorerie al autorității contractante, în condițiile în care legislația în achiziții publice valabilă în România, prevede mai multe modalități de constituire a garanției de participare fără a acorda dreptul autorităților contractante de a alege vreuna din variante.

ART. 36 din HG 395/2016

(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii, astfel:

a) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat;

b) asigurare de garanții emisă:

- fie de o societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Autoritatea contractantă nu are dreptul:

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire;

b) de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări.

Se menționează că prin Răspunsul consolidat la clarificări postat în 28.12.2022, autoritatea contractantă a indicat pentru constituirea garanției

de participare, prevederile art. 154 (4) din Legea 98/2016 care în mod evident permit aceleași modalități de constituire prevăzute de Art.36 din HG 395/2016 indicat de contestator prin solicitarea de clarificări, dar pentru modificarea cerinței Fișei de date nu s-a transmis nicio erată.

Fără a transmite o erată, autoritatea contractantă își păstrează cerința inițială de constituire a garanției de participare doar prin virament bancar, contrar legislației în achiziții publice. Contestatorul afirmă că obligația legală este ca autoritatea contractantă să transmită erate pentru orice modificare a cerințelor Fișei de date/Anunțului de participare. Consideră petentul că prin Răspunsul consolidat/28.12.2022, pct. 29, autoritatea contractantă a transmis un răspuns neclar, fără a prezenta cerința modificată cu toate variantele de constituire a garanției de participare, așa încât ofertanții să fie clarificați.

-Contestatorul învederează că Fișa de date a fost întocmită prin prezentarea unor condiții excesive și nelegale, referitor la <Modul de prezentare a propunerii tehnice>.

Referitor la pct. 2 de la cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice:

2. Nu este permisă completarea ulterioară a propunerii tehnice, neprezentarea propunerii tehnice în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire va conduce la descalificarea ofertantului conform art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016. Solicitățile de clarificări vor viza doar confirmarea și corectarea unor documente sau informații prezentate în oferta și nu completarea/prezentarea celor care lipsesc din oferta. Ofertele incomplete vor fi respinse,

Contestatorul precizează că Art. 137 (3) din HG nr. 395/2016 nu prevede respingerea unei oferte pentru motivele invocate de autoritatea contractantă în Fișa de date.

Se redă:

Art. 137 - HG nr. 395/2016

(3) În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;
b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective.

c) conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate;

d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice;

e) în cadrul unei proceduri de atribuire pentru care s-a prevăzut defalcarea pe loturi, oferta este prezentată fără a se realiza distincția pe loturile ofertate, din acest motiv devenind imposibilă aplicarea criteriului de atribuire pentru fiecare lot în parte.

f) oferta este depusă cu nerespectarea prevederilor art. 60 alin. (1) lit. d) și e) din Lege, raportat la data- limită stabilită pentru depunerea

cererilor de participare/ofertelor și/sau oricând pe parcursul evaluării acestora;

g) în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Lege se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Contrar condiției excesive impusă de autoritatea contractantă, contestatorul indică prevederile Art. 134 (1,7) sau Art.135 , ambele din HG 395/2016 :

Art. 134 - HG 395/2016

(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și 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.

(7) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau
b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe.

ART. 135 - HG 395/2016

(1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) *În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

(3) *În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.*

Referitor la pct.9 de la cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, petentul consideră că reprezintă încă o condiție excesivă și chiar abuzivă:

9. Orice documente atașate în plus și care nu au legătură cu solicitările din documentația de atribuire, vor atrage neconformitatea ofertei.

-Contestatorul arată că Fișa de date a fost întocmită prin prezentarea unor condiții excesive și nelegale, referitor la <Modul de prezentare a propunerii financiare>.

Referitor la cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, autoritatea contractantă precizează:

Oferta poate fi respinsă ca „inadmisibilă”, dacă:

Propunerea financiară este prezentată într-un format diferit de cel specificat în Documentația de Atribuire.

În acest sens, contestatorul precizează că în Documentația de atribuire, în fișierul <Formulare> există un format de prezentare a propunerii financiare denumit Anexa Nr. 2 - la Formular nr. 4, în sensul ofertării categoriilor principale de lucrări, similar unui formular de deviz, de tip F2 (Centralizatorul cheltuielilor pe obiect și categorii de lucrări).

În speță, contractul fiind unul de proiectare și execuție, oferta financiară nu poate fi prezentată decât la nivelul centralizatoarelor F1 și F2 (F1=Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv și F2=Centralizatorul cheltuielilor pe obiect și categorii de lucrări), întrucât devizul ofertei ce rezultă din listele de cantități F3 poate lua o formă finală numai după elaborarea proiectului tehnic. Tehnic vorbind, pentru a transmite o ofertă de pret ofertanții pot rula în programul de devize în baza informațiilor regăsite în studiul de fezabilitate, doar cantități estimate de ei la materiale, manoperă, utilaj și transport împreună cu prețurile unitare proprii sau obținute de la furnizori, prin intermediul unor articole de deviz, generând astfel un raport detaliat de tip F3 (Liste de cantități pe categorii de lucrări), adică devizul estimativ al ofertei, în baza căruia pot prezenta în propunerea financiară centralizatoarele F1 și F2. Se menționează că acesta este singurul mod de ofertare specific contractelor de proiectare și execuție. În concluzie, petentul consideră că autoritatea contractantă nu a prezentat informații suficiente și clare despre modul de ofertare, dar formulează condiții nefondate de inadmisibilitate a unei oferte.

Tot la cap. IV.4.2 - Modul de prezentare al propunerii financiare, autoritatea contractantă impune ca prețul ofertat să includă și un element de cost care nu e specific niciunui format de deviz - oferta și anume <impozitul pe venit>:

Prețurile oferite trebuie să includă toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru executarea completă și în întregime a lucrărilor solicitate prin Documentația de Atribuire

Impozitarea nu are nicio relevanță pentru ofertarea unui contract de achiziții publice, iar în sensul Codului fiscal, este cunoscut faptul ca un operator economic poate fi impozitat ori <pe venit> ori <pe profit> ori <scutit de impozit>, după caz.

În urma analizei documentației de atribuire vizibilă pe SICAP, prin care contestatorul a luat la cunoștință de cerințele Caietului de sarcini, acesta a constatat următoarele nereguli, neconcordanțe și cerințe excesive cu privire la obiectul contractului:

-La paginile 3-4 în caietul de sarcini, lungimea conductei de distribuție a apei (2.427.700 m) precum și lungimea conductei de colectare pentru rețeaua de canalizare menajeră (1.182.300 m), sunt vizibil eronate. din Jud. nu poate avea 2.427.700 m/ 2.427 km de străzi ca lungime totală cu toate racordurile posibile pentru rețeaua de apă și nici 1.182.300 m/ 1.182 km de străzi ca lungime totală pentru rețeaua de canalizare. Cifrele sunt exorbitante pentru o comună.

-La paginile 5-6 în caietul de sarcini se vorbește de achiziția unor servicii de dirigenție de șantier pentru supravegherea tehnică a execuției unor <locuințe sociale și de necesitate în comuna Lumina, jud. Constanta>, contrar obiectului acestei achiziții, care constă în <Înființare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare în, județul>.

-La pag.12 în caietul de sarcini, se precizează că antreprenorul va obține toate aprobările de mediu aferente lucrărilor, în condițiile în care următoarele avize intră în sarcina beneficiarului:

- Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor,
- Administrația Națională Apele Române,
- Oficiul de Cadastru și Publicitate imobiliară
- Distribuție Energie Electrică România
- Compania de telecomunicații din zonă - dacă este cazul
- Compania de distribuție gaze naturale din zonă - dacă este cazul
- Certificatul de Urbanism.

Referitor la Solicitarea de clarificări nr. 18 din Răspunsul consolidat la clarificări, contestatorul subliniază că obiectul contractului nu îl reprezintă <amenajări și construcții hidrotehnice>. Așadar nu trebuie RTE dom.5.1 (Construcții și amenajări hidrotehnice). Astfel de lucrări sunt îndiguirile pentru protecția exploatărilor agricole și a obiectivelor social-economice, regularizări ale albiilor cu scopul îmbunătățirii condițiilor de curgere, irigații, drenaje pentru eliminarea excesului de apă, lucrări de combatere a eroziunii solurilor, bararea cursurilor de apă pentru crearea lacurilor de acumulare, amenajări hidroenergetice. Obiectul contractului se refera la lucrări de gospodărire comunală>.

Așadar, autorizarea RTE trebuie pentru domeniul 9.1 (Construcții edilitare și de gospodărire comunală). În Fișa de date la cap. 11.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, chiar autoritatea contractantă precizează că: <Se dorește realizarea unei

gospodăriei de apă și a unei ramuri de alimentare cu apă>, ceea ce contrazice în opinia contestatorului, răspunsul consolidat la clarificări cu toate consecințele aferente autorizării RTE.

Referitor la Solicitarea 24 din Răspunsul consolidat la clarificări, petentul consideră că cerința cu privire la responsabilul pentru protecția datelor cu caracter personal este excesivă, neavând nicio legătură cu execuția contractului. În altă ordine de idei, autorul contestației arată că cerințele unui caiet de sarcini sunt pentru execuția unui contract și nu pe parcursul desfășurării procedurii de achiziție publică așa cum a răspuns autoritatea contractantă. Obiectul contractului îl reprezintă servicii de proiectare tehnică și lucrări de construire a unui sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare. Se reține că respectivul contract este unul de lucrări (proiectare și execuție) și nu unul de servicii privind protecția datelor cu caracter personal. Operatorii economici pot avea un responsabil cu protecția datelor dar nu este obligatorie certificarea sau acreditarea pentru numirea unui astfel de responsabil. Articolul 37 (5) din Regulamentul UE 2016/679 stabilește ca responsabilul cu protecția datelor să fie desemnat pe baza calităților profesionale și în special a cunoștințelor de specialitate în dreptul și practicile din domeniul datelor, precum și pe baza capacității de a îndeplini sarcinile prevăzute la Art. 39.

Referitor la Solicitarea 26 din Răspunsul consolidat la clarificări, petentul consideră că autoritatea contractantă este în eroare cu privire la obiectul contractului, întrucât acesta nu se referă la lucrările hidrotehnice pe care le-a exemplificat mai sus ci la lucrări de gospodărire a apelor prin construcția unor rețele publice de alimentare cu apă și de canalizare.

-Se reține de contestator că la pag.21 în caietul de sarcini se solicită ca verificarea documentațiilor tehnice să fie asigurată și plătită de operatorul economic, contrar reglementărilor legale ale Legii 10/1995 R privind calitatea în construcții, care la Cap. III - Obligații și răspunderi, Secțiunea 1- Obligații și răspunderi ale investitorilor, Art. 22 lit. c) prevede <asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verficatori de proiecte atestați>. În concluzie, petentul subliniază că obligația verificării tehnice a proiectului prin achiziția și plata acestor servicii, revine autorității contractante în calitate de investitor.

-Totodată, la pag. 28 în caietul de sarcini, referitor la prezentarea modului de realizare a lucrărilor există o contradicție de cerințe întrucât pe de o parte se solicita prezentarea instalațiilor/echipamentelor/utilajelor pe care ofertantul intenționează să le utilizeze în execuția lucrărilor iar pe de altă parte se solicita prezentarea echipamentului în condițiile în care autoritatea contractantă nu are în documentația de atribuire nicio listă cu instalații.echipamente/utilaje considerate necesare în execuția lucrărilor. În aceste condiții, petentul se întreabă cum va evalua autoritatea contractantă această cerință a propunerii tehnice.

-Contestatorul observă că la pag. 29 în caietul de sarcini se precizează despre ofertele depuse de asocieri, faptul că vor putea fi declarate neconforme dacă <propunerea tehnică nu va conține abordarea pentru organizarea activității în cadrul asocierii sau va conține abordări pentru organizarea activității în cadrul asocierii incomplete>. Consideră petentul că această cerință este lipsită de logică și reprezintă un non-sens în condițiile în care la acest tip de contract (proiectare și execuție), cu

siguranță vor participa numai asocieri între cel puțin o firmă de proiectare și o firmă de construcții, iar propunerile tehnice vor fi prezentate separat, adică propunerea tehnică pentru serviciile de proiectare și propunerea tehnică pentru execuția lucrărilor. În cazul în care autoritatea se referă la resursele unei asocieri și aici, petentul exemplifică o asocierie formată din proiectant și mai multe firme de construcții, Legea nr. 98/2016 prevede la Art. 185 atât pentru îndeplinirea criteriilor de calificare cât și pentru demonstrarea resurselor tehnice, luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. Diferențierea între asociați la capacitățile tehnice sau resurse materiale/umane/tehnice se poate observa în Acordul de asociere unde sunt menționate cotele (%) de participare la execuția contractului. În aceste condiții și la acest tip de contract (proiectare și execuție), contestatorul apreciază că propunerea tehnică trebuie prezentată doar ca fiind împărțită în propunere tehnică pentru proiectare și propunere tehnică pentru execuția lucrărilor, indiferent câți asociați participă în comun la procedura de atribuire. În execuție, plățile se fac ori separat în contul proiectantului exclusiv pentru serviciile acestuia și în contul liderului de asociere pentru lucrările executate, care la rândul lui distribuie sumele conform acordului de asociere, ori toată valoarea contractului în contul liderului care la rândul lui distribuie sumele conform acordului de asociere. Asociații își facturează serviciile sau lucrările executate către liderul asocierii pentru a-și încasa sumele cuvenite din contract. De asemenea situațiile de lucrări se prezintă la comun, semnate de liderul asocierii. În concluzie, petentul subliniază că interesul autorității contractante trebuie să fie execuția contractului nu cine și ce execută atât timp cât asocieria prezintă resurse tehnice/umane/materiale care sunt apreciate ca fiind suficiente pentru execuția contractului.

-La pag. 58 în caietul de sarcini, se vorbește de <Mediu periculos> și despre faptul că antreprenorul va furniza echipamentul de monitorizare necesar pentru accesul în medii periculoase sau potențial periculoase. Contestatorul face precizarea că lucrările de rețele de apă și canalizare nu se execută în medii periculoase, iar cerința din caietul de sarcini nu-și are aplicabilitatea.

-De asemenea, la pag. 60 în caietul de sarcini, cap. XII - Durata contractului, se precizează că durata contractului este de 57 luni. Consideră petentul că durata de execuție a lucrărilor este de 57 luni întrucât durata proiectării este de 3 luni, ambele perioade însumând 60 luni, reprezentând durata contractului, conform Fișei de date.

Tot aici, la pag. 60 în caietul de sarcini, autoritatea contractantă prezintă o situație neprevăzută în Fișa de date și anume o <clauză suspensivă>. Se prezintă situația în care achizitorul poate emite ordinul de începere a contractului nu mai târziu de 48 luni după data semnării contractului și constituirea garanției de bună execuție. De asemenea se precizează că în cazul în care ordinul de începere nu se emite în maxim 48 luni, contractul se reziliază de drept. Consideră petentul că solicitarea unei garanții de bună execuție de 10% din valoarea contractului cu valabilitate pe o perioadă de 60 luni/ 5 ani, în condițiile impuse prin Fișa de date la cap. III.1.6.b) Garanție de bună execuție, adică fără posibilitatea variantei de constituire <prin rețineri succesive> în cazul în care ordinul de începere nu se emite timp de 48 luni/4 ani, creează cheltuieli suplimentare

executantului întrucât o poliță de asigurare va trebui plătită încă o dată pentru diferența de 48 luni/4 ani, pentru a acoperi perioada următoare de execuție de 60 luni/5 ani.

Prin urmare, contestatorul arată că modalitatea autorității contractante de întocmire a documentației de atribuire, în speță fișa de date și caietul de sarcini este nelegală, restrictivă și excesivă, conducând astfel la restricționarea operatorilor economici de a participa la procedura de achiziție publică, prin:

- încălcarea drepturilor ofertantului în sensul prevederilor Art. 179 din Legea 98/2016 privind cerințele de calificare cu referire la experiența similară.

- încălcarea drepturilor ofertantului în sensul prevederilor Art. 36 din HG 395/2016 și Art. 154 din Legea 98/2016 cu privire la modalitățile de constituire a garanției de participare și a garanției de bună execuție.

- înscrierea unor cerințe și condiții restrictive atât în Fișa de date cât și Caietul de sarcini.

Pentru toate aceste considerente, autorul contestației solicită Consiliului să admită contestația, cu toate consecințele juridice aferente.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația formulată de SRL, în care solicită respingerea acesteia ca fiind tardivă, pentru următoarele considerente:

La data de 16.12.2022, autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire prin procedură simplificată într-o singură etapă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări Achiziție servicii de proiectare, asigurarea asistenței tehnice din partea proiectantului și execuția lucrărilor de construcții și instalații pentru obiectivul de investiții „Înființare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare în, județul", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr.

Se arată că potrivit prevederilor statuate de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare pentru procedurile a căror valoare este mai mică sau egală decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare este de 7 zile , termen care începe să curgă din ziua următoare luării la cunoștință de actul autorității contractante.

Totodată, având în vedere prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire în SEAP, în cazul în care contestația este îndreptată împotriva conținutului documentației de atribuire, cum este și cazul de față, precum și data publicării anunțului de participare, respectiv 16.12.2022, și în același sens prevederile art. 5 din Legea nr. 101/2016, și data de la care începe să curgă termenul de 7 zile, respectiv data de 19.12.2022; rezultă astfel că orice operator economic care se considera vătămat de actul autorității contractante avea dreptul să înainteze contestație, până la data de 29.12.2022, termen la care s-au luat în considerare și zilele legal libere.

Astfel, autoritatea contractantă consideră contestația depusă ca tardivă și solicită respingerea acesteia.

Cu adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr., ... SRL depune Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, precizând următoarele:

În referire la excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, contestatorul susține că înainte de a depune contestația, a solicitat clarificări autorității contractante, conform dreptului reglementat de Art. 160 (1) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea a răspuns la toate clarificările ofertanților, inițial prin Răspuns consolidat nr. 8194/28.12.2022 (incomplet) și apoi completând informațiile lipsă prin Răspuns consolidat nr. 8242/29.12.2022, conform obligației prevăzută de Art.160 (2) din Legea nr. 98/2016.

Considerația petentului este că Răspunsul consolidat la clarificări, împreună cu eratele publicate, fac parte din documentația de atribuire. Având în vedere acest aspect, contestatorul apreciază că datele luării la cunoștință despre modificările la documentația de atribuire sunt cele aferente documentațiilor publicate, respectiv:

- 28.12.2022 aferentă eratei ...

- 29.12.2022 aferentă răspunsului consolidat la clarificări.

Contestatorul opinează că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea 101/2016, termenul de contestație nu este depășit la data de 04.01.2023 atunci când a fost depusă, conform numărului de intrare la CNSC.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să respingă punctul de vedere al autorității contractante cu privire la tardivitatea transmiterii contestației sale.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr., autoritatea contractantă formulează *Punct de vedere*, învederând următoarele:

Procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat însoțit de documentele prevăzute de lege:

- DUAЕ; Fișa de Date; Instrucțiuni Ofertanți - Caiet de Sarcini,

- Documentație descriptivă,

- Formulare,

- Draft de contract propus.

Documentația a fost vizibilă în SEAP din data de 16.12.2022. În data de 04.01.2023 a fost transmisă de către contestatoare contestația formulată împotriva documentației de atribuire, document transmis prin e-mail, conform print screen anexat.

Data luării la cunoștință asupra elementelor documentației de atribuire a fost data de 16.12.2022. Data limită de depunere și înregistrare a contestației, calculată potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv 7 zile, a fost data de 27.12.2022.

Din interpretarea textului de lege, Autoritatea susține că reiese clar data de la care începe să curgă termenul legal înăuntrul căruia se poate formula contestație împotriva documentației de atribuire.

Articolul 8

(1) *Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) *În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.*

În susținerea celor afirmate, autoritatea contractantă exemplifică, din multe altele, decizia CNSC nr. ..., la contestația înregistrată cu numărul, complet ... contestație respinsă pe fond.

Totodată, se menționează că nicio autoritate contractantă nu poate fi obligată, fără un temei legal și fără respectarea unor prevederi legale instituite printr-un document legislativ, să accepte tergiversarea implementării și derulării investiției, prin suspendarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică. Autoritatea contractantă subliniază că, în mod corect, just și cu respectarea eficienței utilizării fondurilor publice, a întocmit documentația necesară, a lansat procedura de achiziție și a respectat toate termenele specificate în documentația de atribuire cu privire la etapa premergătoare depunerii ofertelor, prin publicarea și clarificarea aspectelor care au făcut obiectul solicitărilor de clarificare.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de- Sucursala, în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Achiziție servicii de elaborare a documentațiilor tehnico-economice, asigurarea asistenței tehnice pe perioada de execuție a contractului și execuția lucrărilor privind obiectivul de investiții Înființare sistem de alimentare cu apă și sistem de canalizare în, județul, cod CPV 45332000-3. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț” și termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 11.01.2023, ora 15:00, conform Anunț tip Erată

Împotriva documentației de atribuire, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a admis-o.

Din analiza contestației formulată de SRL, se reține că o parte dintre critici se referă la cerințele din documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă publicată în SEAP în data de 16.12.2022, o parte vizează clarificări la documentația de atribuire din răspunsul consolidat nr. 8194/28.12.2022 (clarificări prin care documentația nu a fost modificată cu nimic) și o singură critică vizează răspunsul consolidat prin care s-a modificat cerința privind experiența similară.

1.Consiliul constată că aspectele criticate de contestatorul SRL prevăzute în fișa de date a achiziției/caietul de sarcini reprezintă critici tardive în raport cu data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, și anume 16.12.2022, unde se regăseau specificate informațiile referitoare la cerințele contestate în prezenta cauză.

2.Consiliul constată că deși SRL a indicat la unele dintre critici răspunsul autorității contractante din adresa nr. 8194/28.12.2022 ca fiind actul considerat nelegal, în fapt, aspectele criticate prin prezenta contestație vizează conținutul documentației de atribuire, care nu a fost modificată prin clarificările indicate, caz în care sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin răspunsurile la clarificări din adresa nr. 8194/28.12.2022, autoritatea contractantă a menținut documentația inițială, lămurind/clarificând obligațiile ce subzistă în sarcina operatorilor economici interesați în ceea ce privește: constituirea garanției de participare, RTE, responsabilul cu protecția datelor și informații privind obiectul contractului, fără a aduce niciun fel de modificări, cu excepția criticii privind experiența similară.

În concluzie, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză 23.257.081,89 lei fără TVA, și tipul acestuia, de lucrări, Consiliul constată că termenul pe care îl avea la dispoziție SRL pentru a formula o contestație cu privire la conținutul documentației de atribuire, era de 7 zile, de la data de 16.12.2022, care reprezintă data publicării documentației în SEAP.

Așadar, criticile aduse de SRL în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire sunt tardiv formulate, în condițiile în care se constată că actul administrativ la care s-a raportat contestatorul l-a reprezentat de fapt documentația de atribuire publicată în SEAP în data de 16.12.2022.

În acest context, Consiliul constată caracterul tardiv al criticilor ce vizează prevederile documentației de atribuire și al criticilor formulate împotriva răspunsului consolidat, în condițiile în care prin clarificări s-au menținut neschimbate prevederile documentației.

3.Pe de altă parte, în ceea ce privește critica contestatorului vizând experiența similară de 3 ani cerută de autoritate prin clarificările din erata ..., se reține că inițial, autoritatea contractantă a prevăzut în fișa de date ca experiența similară să fie dovedită prin contracte realizate într-o

perioadă de cel mult 1 an înainte de termenul limită de depunere a ofertelor.

Ulterior în urma solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă a publicat Răspunsul consolidat la clarificări și erata ... prin care a majorat perioada la ultimii 3 ani, astfel: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apa/canalizare si/sau aductiuni de apa si/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 3 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”.

Consiliul apreciază că sunt aplicabile dispozițiile art. 179 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia: „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”.

Rezultă că legea permite ca autoritățile contractante să solicite o experiență similară în domeniul lucrărilor de 5 ani, nu de 3 ani așa cum a procedat

De regulă, în practică, în cazul procedurilor ce au ca obiect contracte de lucrări se solicită experiență similară 5 ani, tocmai pentru că legea permite acest lucru, iar în cazul procedurilor ce au ca obiect contracte de servicii (proiectare sau altele) se solicită 3 ani.

Prin urmare, Consiliul va admite critica formulată de contestator și va dispune obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de la cap. III.1.3.a) – Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, după cum urmează:

-în loc de: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apa/canalizare si/sau aductiuni de apa si/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 3 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”,

- se va citi: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apa/canalizare si/sau aductiuni de apa si/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 5 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă și va dispune obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de la cap. III.1.3.a) – Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, după cum urmează:

-cerința: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apă/canalizare și/sau aductiuni de apă și/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 3 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”,

- se va înlocui cu cerința: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apă/canalizare și/sau aductiuni de apă și/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 5 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune publicarea modificării menționate mai sus în SEAP, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii și stabilirea unei noi date limită pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la publicarea în SEAP a modificărilor documentației.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca tardiv introduse celelalte critici formulate de SRL.

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

CONSILIUL DISPUNE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016 admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Dispune obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de la cap. III.1.3.a) – Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, după cum urmează:

-cerința: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apă/canalizare și/sau aductiuni de apă și/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, în ultimii 3 ani, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”,

- se va înlocui cu cerința: „Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv lucrări de construire /reabilitare/ modernizare/extindere rețele de apă/canalizare si/sau aductiuni de apă si/ sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane, **în ultimii 5 ani**, în valoare de minimum 22.447.875,89 lei fără TVA, reprezentând valoarea calculată cumulativ din cadrul unui sau cel mult 4 contracte”.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune publicarea modificării menționate mai sus în SEAP, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii și stabilirea unei noi date limită pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la publicarea în SEAP a modificărilor documentației.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca tardiv introduse celelalte critici formulate de SRL.

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 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.