Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 ...iale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consili... Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul social în mun....., ..., înregistrată la... Comerț... sub nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator... și convențional prin avocat..., împotriva raport... procedurii nr.... și a adresei privind comunicarea rezultatului procedurii nr...., emise de ..., cu sediul în mun..., strada... nr...., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschisă, organizată în vederea atribuirii contract... de achiziție publică de furnizare având ca obiect „...", anunț de participare simplificat nr...., s-a solicitat:

1. Anularea în parte a raport... procedurii nr...., a comunicării rezultatului nr...., a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora (incluzând, dar fără a se limita la procesele-verbale de evaluare aferente), precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente și/sau conexe emise autoritatea contractantă;

2. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de..., cu respectarea prevederilor legale incidente și, în consecință, la constatarea caracter... conform al ofertei depuse de acest operator economic;

3. Obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin aplicarea corespunzătoare a criteri... de atribuire exclusiv în raport cu ofertele admisibile, dispunând atribuirea contract... în mod legal și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii.

4. În temeiul art.... raportat la dispozițiile art. 21 din Legea nr. 101/2016, acordarea posibilității de a avea acces la toate documentele dosar... constituit la Consiliu, precum și de a formula concluzii scrise în cursul procedurii de soluționare a contestației, rezervându-ne dreptul de a dezvolta/completa prezenta contestație, inclusiv de a accesa instituția repunerii în termen/formulării unei contestații noi de la data luării la cunoștință a unor informații noi la sediul CNSC.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu cu nr...., formulată de către..., cu sediul social în mun..., strada... nr...., ..., etaj..., ..., înregistrată la... Comerț... sub nr...., având cod unic de înregistrare..., reprezentată legal prin administrator... și conventional prin avocat..., în calitate de ofertant declarat cîștigător al procedurii, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a formulat cererea de intervenție voluntară accesorie solicitând următoarele:

1. Admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție voluntară accesorie, constatând îndeplinirea tuturor condițiilor de formă și de fond prevăzute de lege;

2. Admiterea excepției tardivității contestației în ceea ce privește criticile formulate împotriva documentației de atribuire și a răspuns... consolidat, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și, pe cale de consecință, respingerea acestor capete de cerere ca fiind promovate cu depășirea termen... legal de decădere;

3. Respingerea pe fond, ca neîntemeiată, a contestației formulate de... și, implicit, menținerea ca legale și temeinice a actelor administrative atacate, emise de comisia de evaluare a autorității contractante.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

În luarea deciziei, **CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere 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, formulată de care....

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr....., critică raportul procedurii nr.... și adresa privind comunicarea rezultatului procedurii nr...., prin care oferta sa a fost declarată neconformă, documente emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschisă, organizată în vederea atribuirii contract... de achiziție publică de furnizare având ca obiect „...", anunț de participare simplificat nr...., s*olicitând cele prezentat*e în partea introductivă.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul: *"...",* postat de achizitoare în SEAP la data de..., în cadrul documentelor asociate anunț... de participare nr. ..... din data de..... Pentru considerente de concizie, sunt prezentate doar principalele critici formulate, redarea lor sintetică neafectând analiza completă a cauzei, întrucât întregul conținut al contestației a fost avut în vedere de complet la soluționarea prezentei cauze.

Pe scurt, în motivarea sa, contestatorul susține că, prin anunțul de participare nr...., a fost inițiată procedura de licitație deschisă pentru acordul-cadru *„...", cu... estimată* de... fără TVA, la care au participat..... și....

Contestatorul menționează că, prin solicitarea de clarificări nr.... și răspunsul nr...., a fost solicitată și transmisă descrierea produselor livrate în contractele indicate pentru demonstrarea experienței similare, iar prin raportul procedurii nr.... oferta... a fost declarată neconformă, celelalte două oferte fiind admisibile. Prin comunicarea rezultatului nr...., oferta a fost considerată neconformă pentru că „nu respectă cerințele minime ale caiet... de sarcini, motiv pentru care este dec*larată neconformă*

și respinsă din cadrul procedurii de atribuire", fiind invocate și „după termenul-limită de depunere a ofertelor, a documentelor...". Consideră nelegală introducerea, prin răspunsul consolidat din..., a condiției ca ofertantul să dovedească „că a mai livrat cel puțin două dintre cele trei categorii de produse enumerate anterior", întrucât c*erința inițială privea furnizarea de ... în... de... fără TVA, în maximum 3 co*ntracte și subliniază că, potrivit art. 1... din Legea nr. 98/2016, clarificările nu pot institui noi condiții de calificare și că răspunsul consolidat din... a fost publicat cu numai 7 zile înainte de termenul-limită de depunere a ofertelor..., încălcând termenul legal de 10 zile. Invocă și art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia modificările documentației trebuie aduse la cunoștință prin anunț tip erată, precum și Decizia nr. 13/2019 a Curții de... și Decizia nr. 1057/2018 a Curții de....

Contestatorul arată că impunerea dovezii privind livrarea a *„cel puțin două din cele trei categorii de produse enumerate*" restrânge concurența și transformă cerința privind experiența similară într-o cerință privind experiența identică. Invocă art. 5 din... nr.... din... aprilie....., privind interdicția solicitării de produse identice și necesitatea acceptării produselor similare sau superioare ca nivel de complexitate și/sau scop. Mai menționează că, prin raportul procedurii, autoritatea contractantă a reținut că „ofertantul nu a făcut *dovada îndeplinirii experienței similare prin raportare la cerința de calificare privind livrarea a cel puțin două din cele trei categorii de produse similare descrise de autoritatea contractantă în maxim 2-3 contracte în ultimele 36 de luni", iar prin comunicarea* rezultatului a invocat „nominalizarea special*ist... solicitat și documentele aferente", fără o motivare core*spunzătoare în drept.

Contestatorul subliniază că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, au fost comunicate contractele deja menționate în DUAE, respectiv contractul de furnizare produse nr...., având ca... ...UL... AL ....., privind ... destinat colectării deșeurilor stradale, cu... recipiente tip coș de... litri și... recipiente tip coș de 50-... litri, precum și comanda Nr.... și comanda Nr....., privind coșuri masive din beton structural, de 220 kg și 52 litri, în total 2... bucăți. Susține că aceste documente nu au fost depuse inițial deoarece documentele... urmau să fie prezentate, potrivit Fișei de date, de ofertantul clasat pe locul I, și precizează că documentele transmise prin clarificări au avut rolul de a susține elementele deja declarate în DUAE, nu de a completa oferta. De asemenea, menționează contractul de furnizare nr.....

Contestatorul consideră eronată interpretarea noțiunii de „produs similar" și arată că „..." include bănci, coșuri de gunoi sau jardiniere, iar experiența privind coșurile din beton este transferabilă către jardiniere, produsele fiind realizate prin aceleași procedee tehnologice, cu aceleași cerințe privind producția, manipularea, transportul, montajul și rezistența. Ssusține că produsele livrate în cele 3 contracte reprezintă ..., respectiv recipiente pentru colectarea deșeurilor și elemente de decor urban din beton, și că experiența anterioară este suficientă pentru demonstrarea capacității de furnizare a celorlalte produse. Invocă art. 215 alin. (2) lit. b), art....6 alin. (2) și art. 2 alin. (2) lit. d) și f) din Legea nr. 98/2016, precum și jurisprudența CNSC, susținând că documentele... puteau fi solicitate ulterior și că respingerea ofertei pentru o pretinsă omisiune formală este disproporționată.

Contestatorul solicită anularea parțială a raport... procedurii, a comunicării rezultatului și a actelor anterioare, concomitente și

subsecvente, precum și reevaluarea ofertei.... În drept, invocă Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și celelalte prevederi și jurisprudențe citate. În probațiune, invocă înscrisurile anexate și documentația transmisă de autoritatea contractantă, potrivit art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul a depus, în copie, înscrisuri și a făcut dovada transmiterii contestației la autoritatea contractantă.

Prin adresa nr....., transmisă prin e-mail, în temeiul art. 611 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorului să comunice, dovada constituirii, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consili..., a cauțiunii legale, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul stabilit de articolul menționat, iar contestatorul a confirmat primirea prin adresa înregistrată la CNSC cu nr.... și a făcut dovada constituirii cauțiunii în termenul legal.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu cu nr...., cu referire la contestația formulată de către..... (SUMS), în calitate de ofertant declarat câștigător în procedură, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a solicitat cele redate în partea introductivă.

Pentru considerente de concizie, sunt prezentate sintetic doar principalele susțineri formulate de intervenient, fără ca aceasta să afecteze analiza completă a cauzei, întrucât întregul conținut al cererii de intervenție a fost avut în vedere la soluționarea prezentei cauze.

Pe scurt, în motivarea sa, intervenientul susține că are un interes direct, legitim, născut și actual, întrucât oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, iar reintroducerea contestatoarei în procedură i-ar prejudicia șansele de obținere a contract.... Invocă, în temeiul art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, excepția tardivității criticilor privind documentația de atribuire și răspunsul consolidat, arătând că răspunsul consolidat, inclusiv punctul 15, a fost publicat în SEAP la..., astfel că termenul de 10 zile s-a împlinit la..., în timp ce contestația a fost depusă la.... Consideră că, prin nedepunerea unei contestații în termen, cerințele din Punctul 15 au devenit definitive și obligatorii, iar repunerea lor în discuție după raportul procedurii din... este tardivă. Solicită respingerea ca tardivă a criticilor privind documentația de atribuire și răspunsul consolidat.

Pe fond, intervenientul susține că DUAE nu putea fi modificat sau extins după deschiderea ofertelor prin introducerea unor contracte noi, clarificările putând doar să lămurească informațiile declarate inițial. Invocă principiul *„Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" și susține că operatorul economic nu poate invoca propria neglijență pentru a obține derogări de la regulile stabilite prin răspunsul consolidat, aplicabile în mod egal tuturor participanților.

Intervenientul consideră neîntemeiate criticile privind nemotivarea comunicării rezultatului, arătând că actul cu efecte juridice este raportul procedurii, iar eventualele lipsuri ale comunicării nu au vătămat dreptul la apărare, contestatorul primind Raportul și formulând critici pe fond. Mai susține că nu pot fi asimilate coșurile de gunoi din beton și jardinierele din beton, întrucât fișa de date le separă în trei categorii distincte: bănci stradale, coșuri de gunoi din beton și jardiniere din beton, cu coduri CPV și funcționalități diferite.

Intervenientul arată că produsele declarate în DUAE au fost exclusiv coșuri de gunoi din beton și consideră eronată susținerea că acestea sunt *„similare funcțional și structural*" cu jardinierele din beton. Invocă art. 179 din Legea nr. 98/2016 și susține că experiența similară nu poate fi stabilită prin raportare exclusivă la materia primă, întrucât coșurile și jardinierele au funcționalități, caracteristici tehnologice și constructive diferite. Mai menționează că jardinierele din beton, inclusiv cele cu bănci integrate, pot depăși 240 kg-8... kg per ansamblu și implică turnări masive, sisteme de drenaj și straturi izolatoare interne, în timp ce coșurile de gunoi sunt structuri utilitare destinate colectării selective.

Intervenientul subliniază că autoritatea contractantă a prevăzut în caietul de sarcini și fișa de date coduri CPV secundare, descrieri tehnice și algoritmi de evaluare distincte și susține că experiența exclusivă în furnizarea coșurilor de gunoi nu demonstrează capacitatea tehnică pentru furnizarea jardinierelor sau băncilor. Precizează că însăși contestatorul recunoaște că în DUAE a indicat exclusiv contracte privind coșuri de gunoi și consideră că aceasta încearcă, prin analogii tehnice, să remedieze lipsa experienței necesare pentru cerința cumulativă din răspunsul consolidat din.... Invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor de contencios administrativ și susține că noțiunea de „produse *similare" nu poa*te fi extinsă subiectiv pentru acoperirea lipsei capacității de calificare, iar respingerea argumentelor tehnice de echivalare este legală și temeinică. Mai invocă art. 61-63 din Codul de procedură civilă, art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, precum și principiile fundamentale prevăzute de Legea nr. 98/2016. În probațiune, intervenientul solicită încuviințarea probei cu înscrisurile aflate la dosarul achiziției publice înaintat de autoritatea contractantă. Intervenientul a depus, în copie, înscrisuri. Dovada comunicării cererii de intervenție către contestator și autoritatea contractantă se regăsește la dosarul cauzei.

... a transmis punctul de vedere prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată.

În continuare sunt redate, în mod sintetic, principalele argumente expuse de autoritatea contractantă, fără preluarea integrală a motivării acestuia. Pentru considerente de concizie, sunt prezentate doar principalele susțineri formulate, redarea lor sintetică neafectând analiza completă a cauzei, întrucât întregul conținut al punct... de vedere a fost avut în vedere de complet la soluționarea prezentei cauze.

Pe scurt, în motivarea sa, autoritatea contractantă precizează că a inițiat procedura prin anunțul nr...., cu termen-limită..., fiind depuse oferte de 3 operatori, iar la... a publicat răspunsul consolidat și erata. La... au fost deschise ofertele, conform PV nr...., iar la... s-a finalizat evaluarea DUAE, conform PV nr.....

Autoritatea contractantă susține că, prin răspunsul consolidat, a clarificat noțiunea de produse similare, respectiv ... - *„banei, coșuri de gunoi sau jardiniere"* - în... de cel puțin... fără TVA, și că ofertantul trebuia să dovedească livrarea a cel puțin două dintre cele trei categorii, fără modificarea valorii, perioadei sau număr... maxim de contracte. Precizează că... a declarat inițial contractul nr...., comenzile Nr.... și Nr...., iar la clarificările din..., răspunse la..., a declarat suplimentar contractul nr...., privind 84 bănci, în... de... fără TVA. Consideră că acesta a reprezentat un

nou contract de experiență similară, nefiind declarat în DUAE. Cconsideră că similitudinea produselor nu poate fi stabilită doar prin materiale, tehnologii, transport, manipulare sau montaj comune și susține că coșurile din beton nu demonstrează experiența pentru jardiniere, potrivit cerinței concrete a procedurii.

Autoritatea contractantă menționează că, potrivit susținerilor contestatorului, „*în prezenta cauză, Răspunsul consolidat a fost publicat la data de..., iar data limită pentru depunerea ofertelor era..., fiind în mod evident încălcat termenul imperativ prevăzut de lege pentru asigurarea tratament... egal și respectarea princip... transparenței în cadrul Procedurii. Totodată, Autoritatea contractantă a publicat la aceeași dată cu Răspunsul consolidat și Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire, în conținutul căreia nu se face trimitere la cerința privind dovedirea că ofertantul a mai livrat cel puțin două din cele trei categorii de produse descrise la obiectul achiziției, deși, în mod evident, reprezintă o suplimentare restrictivă a cerinței inițiale", însă arată că* operatorul a avut cunoștință de modificări și suficient timp pentru depunerea ofertei, fără a formula obiecțiuni sau a solicita clarificări suplimentare.

Cu privire la comunicarea rezultatului, autoritatea contractantă recunoaște mențiunile privind „*nominalizarea specialist... solicitat și documentele aferente*" și „*cerințele minime obligatorii ale caiet... de sarcini*", dar susține că acestea au reprezentat erori materiale, motivul efectiv al respingerii fiind nedemonstrarea experienței similare, consemnat în comunicarea rezultatului și raportul procedurii; invocă art. 2 alin. (2) lit. d) și f) din Legea nr. 98/2016. Mai menționează că, la..., operatorul a solicitat accesul la dosar, iar la... a fost invitat să îl studieze, însă nu a mai răspuns și nu s-a prezentat la sediu.

Autoritatea contractantă invocă și solicită aplicarea dispozițiilor legale privind procedura achiziției și respingerea contestației ca neîntemeiată.,

Autoritatea contractantă a făcut dovada comunicării punct... de vedere către contestator.

În probațiune, prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., ... a transmis la dosarul cauz**e**i, pe suport electronic, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr....., transmisă pe e-mail, Consiliul a comunicat contestatorului... că dosarul cauzei poate fi studiat la sediul instituției în data de... iar depunerea eventualelor concluzii va putea fi efectuată până în data de....

... a studiat dosarul cauzei la sediul CNSC prin avocat..., în data de... și a fotocopiat documente din dosarul achiziției publice transmis în format letric de către autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr....., în urma punct... de vedere al autorității contractante nr...., înregistrat la Consiliu sub nr...., a cererii de intervenție formulată de către..., înregistrată la Consiliu cu nr.... și a studierii dosar... cauzei la sediul CNSC din data de..., depune concluzii scrise prin care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Pe scurt, în motivarea sa, contestatorul susține că autoritatea contractantă a prezentat introducerea cerinței privind livrarea a cel puțin două dintre cele trei categorii de produse drept o simplă „*concretizare*", deși aceasta reprezintă o modificare de substanță a documentației de atribuire. Arată că cerința inițială privind „*...*" permitea demonstrarea experienței prin orice produse încadrabile în această categorie, iar prin răspunsul consolidat a fost introdusă o condiție cumulativă suplimentară.

Contestatorul subliniază că această cerință nu apare în erata publicată simultan, nu a fost introdusă prin procedura legală de modificare și nu poate fundamenta respingerea ofertei. Menționează că enumerarea băncilor, coșurilor și jardinierelor era exemplificativă și că transformarea acesteia într-o obligație cumulativă restrânge concurența și încalcă principiile transparenței, tratament... egal și proporționalității. Consideră că, în lipsa unei erate conforme, cerința nu a intrat în circuitul juridic și nu poate produce efecte juridice, iar oferta a fost respinsă pentru o condiție care nu exista în documentația inițială.

Cu privire la cererea de intervenție, contestatorul precizează că intervenientul SUMS invocă tardivitatea contestației și o pretinsă incompatibilitate tehnică între produsele livrate și cele vizate de procedură. Contestatorul susține că termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 nu putea curge de la publicarea răspuns... consolidat, întrucât acesta nu este un act legal de modificare a documentației, iar vătămarea s-a produs la momentul aplicării efective a cerinței în evaluare. Invocă jurisprudența CNSC în acest sens.

Contestatorul respinge și susținerea privind lipsa similitudinii produselor, arătând că cerința inițială privea *„...*", nu ... identic, iar... nr.... interzice solicitarea experienței identice. Consideră că experiența se analizează funcțional, iar coșurile și jardinierele din beton aparțin aceleiași categorii de ..., fiind realizate prin procedee tehnologice similare și implicând aceleași operațiuni de manipulare, transport și montaj.

Contestatorul menționează că afirmația intervenient... privind favorizarea unui competitor neglijent nu poate justifica aplicarea unei cerințe introduse nelegal, iar principiul tratament... egal presupune evaluarea ofertanților în raport cu cerințele publicate legal. Susține că cerința cumulativă nu a fost introdusă legal prin instrumentele prevăzute de Legea nr. 98/2016, iar respingerea ofertei întemeiată pe aceasta atrage nulitatea actelor de evaluare. Arată că a demonstrat capacitatea tehnică prin contracte de ..., produsele aparținând aceleiași categorii funcționale și implicând procedee tehnologice și logistică similare.

Contestatorul solicită reevaluarea ofertei în raport cu cerința inițială și nemodificată din documentația de atribuire, constatarea conformității acesteia și continuarea procedurii cu includerea ofertei în etapa de atribuire.

Contestatorul a făcut dovada transmiterii concluziilor scrise la autoritatea contractantă și intervenient.

... a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr...., eliberată de....., la data de..., fiind transmisă, în original, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr.....

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contract... de achiziție publică având ca obiect *„...".*

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 3 operatori economici, iar ulterior evaluării acestora, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr...., potrivit căruia

oferta depusă de... a fost respinsă ca neconformă, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de....

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr....., ofertantul... a înaintat Consili... contestația care formează obiectul prezentei cauze, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cauza care formează obiectul prezent... dosar... a depus o cerere de intervenție, transmisă la Consiliu pe cale electronică, prin e-mail, în data de..., înregistrată la CNSC sub nr...., care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția achizitoarei și susține menținerea actual... rezultat al procedurii, fără a solicita desființarea vreunui act emis de autoritatea contractantă, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor....4/... privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (...).” și avân*d în vedere faptul că, la data de..., autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația depusă de..., Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată și transmisă în ultima zi a termen... legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul, constatând că... are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din Codul de procedură civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de....

Potrivit documentelor depuse la dosarul cauzei, motivul respingerii ofertei contestatorului a fost neîndeplinirea cerințelor de calificare privind experiența similară, respectiv constatarea achizitoarei că... nu a făcut dovada, prin documentele depuse inițial, că îndeplinește cerința privind livrarea a cel puțin două dintre cele trei categorii de produse similare descrise de achizitoare, în maxim 2-3 contracte derulate în ultimele 36 luni.

În analiza contestației, Consiliul reține existența în cadrul instrucțiunilor către ofertanți, a următoarei cerințe de calificare:

„III.....a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat

Criteriu selecție:

Referințe despre livrări specificate

Modalitatea de îndeplinire:

Pentru contractele de achiziție de produse: livrarea de produse de tipul specificat

Referințe despre servicii specificate

Ofertantul va demonstra că, în ultimele 36 de luni, calculate de la data-limită de depunere a ofertei, a mai furnizat produse, în... de... fără tva, la nivelul a maxim 3 contracte.

*Îndeplinirea cerinței va fi probată prin prezentarea de documente/certificate edificatoare, aferente fiecărui contract invocat ca experiență similară (recomandări, procese-verbale de recepție, documente constatatoare, altele echivalente), emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat..., din care să rezulte livrarea, în ultimele 36 de luni, în cadrul a minim unul și maxim trei contracte, de produse s**imilare, respectiv de ....***

Documentele... care probează îndeplinirea celor declarate urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul declarant admisibil și clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, urmare aplicării criteri... de atribuire.

Documentele probante prezentate vor conține obligatoriu informații privind cel puțin părțile contractante, valori (lei fără TVA), obiectul detaliat al contract..., perioada de livrare/prestare, calitatea ofertant... în contract, ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil, modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale și, dacă este cazul, eventualele prejudicii. (...)

Modalitatea de îndeplinire: Ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, va prezenta documente/certificate edificatoare, aferente experienței similare invocate, emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat..., din care să rezulte livrarea în ultimele 36 de luni, calculate de la data-limită de depunere a ofertei de ..., în valoarea minimă menționată mai sus.

Persoanele juridice străine vor prezenta documentele sub forma unei traduceri autorizate prezentată în copie semnată pentru conformitatea cu originalul.

Modalitatea de îndeplinire:

***Operatorii economici vor completa DUAE**. În ceea ce privește completarea formular... DUAE, cu privire la informațiile aferente experienței similare, vă aducem la cunoștința că este necesar să completați toate secțiunile aferentei experiențe (Denumire contract..., Cota de participare, Procese verbale de recepție/Recomandări/Documente constatatoare, Perioada și Beneficiarul) și descrierea produselor livrate."*

În legătură cu această cerință, prin Răspunsul consolidat clarificare, înregistrat cu nr...., unei solicitări de clarificări transmisă de un operator economic, potrivit căreia

„15. Solicitarea de clarificare

Solicitare de clarificare privind cerința prevăzută la pct. III.....a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala - Fișa de date a achiziției:

Autoritatea contractantă a solicitat în cadrul cerinței privind experiența similară următoarele:

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat

Criteriu selectie:

Referințe despre livrări specificate

Modalitatea de îndeplinire:

Pentru contractele de achiziție de produse: livrarea de produse de tipul specificat

Referințe despre servicii specificate

Ofertantul va demonstra că, în ultimele 36 de luni, calculate de la data-limită de depunere a ofertei, a mai furnizat produse, în... de... fără tva, la nivelul a maxim 3 contracte.

Îndeplinirea cerinței va fi probată prin prezentarea de documente/certificate edificatoare, aferente fiecărui contract invocat ca experiență similară (recomandări, procese-verbale de recepție, documente constatatoare, altele echivalente), emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat..., din care să rezulte livrarea, în ultimele 36 de luni, în cadrul a minim unul și maxim trei contracte, de produse similare, respectiv de ...

Cerința prevede dovedirea furnizării, în ultimele 36 de luni, de „produse similare, respectiv ...". În aplicarea principiilor proporționalității și nediscriminării prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și a obligației autorității contractante de a stabili cerințe de calificare care au o legătură proporțională cu obiectul contract..., vă rugăm să clarificați dacă, în vederea îndeplinirii cerinței, sunt acceptate și contracte având ca obiect furnizarea de:

Furnizare echipamente de joaca si montaj

Aceste produse sunt destinate dotării spațiilor publice/zonelor verzi fiind comparabile din perspectiva destinației, utilizării, amplasării în exterior, condițiilor de exploatare și funcționalității urmărite în cadrul amenajărilor urbane.

Având în vedere dispozițiile art. 5 alin. (1) din... nr.... conform cărora, cu scopul de a nu restrânge concurența, autoritatea contractantă nu poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse identice cu cele care fac obiectul contract..., pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și produsele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scop....

Apreciem că limitarea cerinței exclusiv la contracte având ca obiect produse denumite expres „...".

autoritatea contractantă a precizat următoarele:

„Răspuns: Ofertantul va demonstra că, în ultimele 36 de luni, calculate de la data-limită de depunere a ofertei, a mai furnizat produse, în... de... fără tva, la nivelul a maxim 3 contracte. Îndeplinirea cerinței va fi probată prin prezentarea de documente/certificate edificatoare, aferente fiecărui contract invocat ca experiență similară (recomandări, procese-verbale de recepție, documente constatatoare, altele echivalente), emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat..., din care să rezulte livrarea, în ultimele 36 de luni, în cadrul a minim unul și maxim trei contracte, de produse similar.

Prin produse similare obiect... contract..., se înțelege furnizarea de ..., respectiv <u>bănci</u>, <u>coșuri de gunoi</u> sau <u>jardiniere</u> în... de cel puțin... fără TVA. Ofertantul va face <u>dovada ca a mai livrat cel puțin două din cele trei categorii de produse enumerate anterior</u>.".

În speță, este de reținut că documentația de atribuire, așa cum fost acesta clarificată prin Răspunsul consolidat, în cadrul căreia a fost stabilită cerința anterior citată cu privire la experiența similară necesar a fi dovedită de ofertanți, nu a fost contestată în cadrul termen... legal astfel că și-a dobândit caracterul obligatoriu, ofertanții având obligația de a-și elabora ofertele cu respectarea tuturor cerințelor existente în aceasta, iar autoritatea contractantă având obligația de a verifica și evalua ofertele cu aplicarea regulilor stabilite în documentație.

Astfel, regulile din documentația de atribuire, cum sunt și regulile sus citate, sunt obligatorii și nu formale, iar prin depunerea ofertelor la prezenta procedură, operatorii economici au acceptat și și-au însușit condițiile impuse de autoritatea contractantă.

În acest context, Consiliul evidențiază faptul că, în cadrul Hotărârii din 2 iunie..., CJ**UE (**a<u>le cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru</u>

instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre) s-a pronunțat în cauza C-**.../15** astfel:

„39. (...) conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articol... 2 din Directiva 2...4/18, unei ***autorități contractant****e îi revine sarcina* ***de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși l-ea stabili****t (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie..., Manova, C3-36/12, EU: C:...:..., punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie..., Cartiera dell'Adda, C42/-13, EU: C:...:..., punctele 42 și...)" iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum sa ami-ntit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea sta-bilit" și a precizat că „aceas****tă considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură".***

Prin urmare, pentru a îndeplini cerința de calificare privind experiența similară, ofertanții aveau obligația de a face dovada că au furnizat în perioada stabilită în documentație, în cadrul a 2-3 contracte, cel puțin două din următoarele categorii de produse: bănci, coșuri de gunoi sau jardiniere.

În aceste condiții, criticile formulate de contestator cu privire la faptul că, prin Răspunsul consolidat citat în paragrafele anterioare, autoritatea contractantă ar fi modificat în mod nepermis și restrictiv documentația de atribuire, iar evaluarea ofertei nu ar fi trebuit să țină cont de acesta, nu pot fi reținute de Consiliu, fiind tardiv formulate în**..., în con**dițiile în care termenul de formulare a unor astfel de critici [calculat prin aplicarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, incidente în speță în condițiile în care valoarea estimată a contract... de furnizare este mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016] s-a împlinit în..., exce**pția invocat**ă de intervenient fiind întemeiată.

Trimiterile contestatorului la practica instanței nu pot fi reținute ca relevante, având în vedere, pe de o parte, faptul că precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul de drept românesc, iar pe de altă parte, faptul că fiecare cauză are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți.

Din conținutul DUAE-... depus de..., rezultă că, în legătură cu dovedirea experienței similare acesta a precizat următoarele, respectiv

„***Descriere****: Contract de furnizare produse nr...., Recipiente pentru precolectat deseuri de tip cos de capacitate... litri (furnizare si montaj) - 1500buc, Recipiente pentru precolectat deseuri de tip cos de capacitate 50-... litri (furnizare si montaj) - 5...0buc. (...) Beneficiari: ...ul... al... prin ... . 2, (...)*

Descriere*:...., Cos din beton 220Kg - 52 l cu captuseala interioara si capac fara scrumiera - 137buc. (...)... (...)*

Beneficiari:... Str...., Nr...., ...

Descriere*:...., Cos din beton 220Kg - 52 l cu captuseala interioara si capac fara scrumiera - 90buc.... (...)*

Beneficiari:... Str...., Nr...., ..."

În etapa de verificare a informațiilor din DUAE, respectiv a îndeplinirii cerințelor de calificare, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, prin adresa nr....., să descrie categoria de produse livrate în cadrul fiecărui contract.

Prin adresa nr..... a răspuns aceste solicitări, susținând că prin contractele și comenzile indicate în răspunsul la solicitarea de cerificări face dovada că a livrat două categorii distincte de ..., respectiv

- coșuri de gunoi stradale/pietonale (inclusiv din beton masiv): contractul nr.... ...UL... AL ..... și comenzile Nr.... și Nr...., în legătură cu produsele furnizate prin cele două comenzi susținând că „elemente grele din beton (220 kg/buc) sunt realizate prin aceleași procedee tehnologice de *turnare și finisare ca și jardinierele din beton, implicând aceeași logistică complexă de transport, manipulare și amplasare pe poziție.", contract și comenzi indicate în DUAE*

și

- bănci: Contract de furnizare nr.... AA nr...., contract neindicat în cadrul DUAE.

Comisia de evaluare a analizat acest răspuns și, potrivit informațiilor din procesul verbal nr. 16559 din..., a reținută că cerința nu este îndeplinită, întrucât „ofertant*ul nu a făcut dovada îndeplinirii experienței similare prin raportare la cerința de calificare privind livrarea a cel puțin două din cele trei categorii de produse similare descrise de autoritatea contractantă în maxim 2-3 contracte în ultimele 36 de luni", declar*ând oferta neconformă.

Consiliul constată că această decizie a comisiei de evaluare este corectă, în condițiile în care, autorul contestației nu dovedit neîndeplinirea cerinței de calificare în modalitatea solicitată de autoritatea contractantă, în condițiile în care:

- în cadrul DUAE (document solicitat n mod expres în documentație ca dovadă a îndeplinirii cerinței în discuție) au fost furnizate informații care nu dovedesc îndeplinirea cerinței specifice menționată în răspunsul consolidat, respectiv livrarea livrat cel puțin două dintre categoriile bănci, coșuri de gunoi sau jardiniere, informațiile făcând referire doar la o singură categorie de ...;
- prin răspunsul la clarificări, contestatorul a indicat un contract (Contract de furnizare nr.... AA nr....) care vizează livrarea categoriei de ... „bănci", însă nu a fost menționat în DUAE-ul prezentat în termenul limită de depunere a ofertelor..

Din cele expuse anterior, rezultă faptul că autorul contestației, prin răspunsul transmis achizitoarei, care a avut ca scop clarificarea categoriilor de produse livrate de ofertant în cadrul contractelor invocate ca experiență similară în cadru DUAE, a modificat informațiile comunicate inițial în documentele transmise autorității contractante, respectiv în DUAE-ul inițial, situație care reprezintă o inadvertență de fond, așa cum este această definită de... de... în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/...iale, publicată pe site-ul instituției în..., potrivit căreia:

„În etapa de analiză a conținut... DUAE, pot interveni următoarele situații:

a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertant.../candidat..., cât și ale subcontractant.../terț... susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări;

*b) **inadvertențe de fond, respectiv <u>erori</u>/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări**.*

a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE atașat ofertei/candidaturii

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art.... alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile ...iale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE.

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, ***în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE*** *sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.*

Raportat la dispozițiile (...) art.... alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, "comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte [...]".

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAE revizuit.

În lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art.... alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă.

Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art.... alin. (2) din Legea nr. 99/2016: "autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: "Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției".

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției".

Situația expusă în Notificarea citată, privind existența unei inadvertențe de fond în DUAE, se regăsește în prezenta speță, în condițiile în care contractul indicat ca experiență similară prin răspunsul la solicitarea autorității contractante, nu se regăsește în DUAE, iar informațiile cu privire la noul contract nu sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE, ceea ce ar fi permis încadrarea acestei erori ca inadvertență de formă.

Astfel, informațiile furnizate de contestator prin răspunsul transmis achizitoarei sunt diferite de cele furnizate inițial în DUAE. Aceste noi informații nu se regăsesc în cadrul DUAE-... inițial, iar eventuala modificare ce ar fi trebuit efectuată la nivelul DUAE-... revizuit nu este susținută, prin urmare, de astfel de informații.

De altfel, Consiliul nu poate reține ca relevantă speței nici susținerea contestatorului referitoare la faptul că experiența dobândită în cadrul

contract... invocat în răspunsul la clarificări exista la data limită de depunere a ofertelor astfel că aceasta ar trebui luată în considerare, motivat de faptul că, potrivit documentației de atribuire, pentru a fi luată în considerare această experiență, contractul trebuia să se regăsească menționat în DUAE-ul inițial.

Or, în cadrul DUAE-ul depus în termenul limită de depunere a ofertelor, contestatorul nu a indicat contractul nr.... AA nr...., iar răspunsul transmis nu este însă susținut de alte informații existente în DUAE-ul inițial.

Prin urmare, Consiliul constată că motivul de respingere a ofertei contestatorului a fost corect reținut de comisia de evaluare, critica formulată de contestator fiind neîntemeiată.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la faptul că în cadrul comunicării rezultatului procedurii decizia de respingere nu este motivată, Consiliul constată că, într-adevăr, autoritatea contractantă a reținut, în legătură cu oferta contestatorului, neîndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini, deși cerința privind experiența similară (neîndeplinită de contestator), este, așa cum s-a reținut în paragrafele anterioare, o cerință de calificare, însă acest aspect nu este de natură să conducă la înlăturarea situației constatată în mod corect de achizitoare și schimbarea caracter... ofertei contestatorului, iar obligarea autorității contractante la recomunicarea rezultatului procedurii ar însemna dovada unui formalism exagerat.

De altfel, în situație similară celor expuse anterior se află și mențiunile din comunicarea rezultatului procedurii referitoare la „*nominalizarea specialist... solicitat și documente aferente*” (informații care nu se regăsesc în raportul procedurii ci doar în comunicarea rezultatului), informații despre care autoritatea contractantă susține că reprezintă o eroare materială, recomunicarea rezultatului procedurii fără aceste informații însemnând dovada unui formalism exagerat.

Față de cele expuse anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și va admite cererea de intervenție formulată de....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și admite cererea de intervenție formulată de....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	...	Consilier de soluționare
...	...	...
...	...	...

Redactat practicaua deciziei
...

... în ... exemplare originale, conține ... pagini.