



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Privind contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin administrator, formulată în cadrul procedurii de atribuire a contractului având ca obiect „.....”, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, ...

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii până la soluționarea fondului cauzei, capăt de cerere respins ca nefondat prin Încheierea Consiliului nr. 123/...../...../23.03.....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze prezenta contestație prin care SC, în contradictoriu cu, contestă cerința privind experiența similară.

În opinia contestatoarei, limitarea posibilității de a dovedi experiența similară, la prezentarea unei liste cu maxim 5 contracte, este un demers restrictiv, de natură a restricționa participarea la procedură a operatorilor economici interesați, încălcând astfel atât scopul, cât principiile privind nediscriminarea, tratamentul egal și

proporționalitatea, prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 și solicită formularea cerinței astfel: „prezentarea listei principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani pentru lucrări de natura și complexitatea similară comparând cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 28.000.000 lei, fără TVA, la nivelul a unui contract sau mai multe contracte cumulate”.

Referitor la motivația autorității contractante pentru impunerea acestei cerințe, și anume complexitatea lucrării și durata relativ redusă alocată realizării contractului, contestatoarea precizează că nu experiența similară dovedește capacitatea ofertantului de a realiza contractul ci, eventual, dacă ar fi cerută, dovada deținerii utilajelor și personalului minim necesar realizării lucrării, acestea din urmă reprezentând cu adevărat constrângerile de care se poate lovi un ofertant în realizarea unei lucrări aparent dificilă, într-un termen relativ scurt.

În acest sens, contestatoarea consideră nelegală cerința de prezentare a cel mult 5 contracte în dovedirea experienței similare cu atât mai mult cu cât nici măcar legiuitorul, la art. 179 din Legea nr. 98/2016, nu a prevăzut un anumit număr de contracte.

Mai precizează că rolul cerinței experienței similare este de a dovedi că operatorii economici participanți au experiență în domeniul ce face obiectul procedurii în derulare, că au cunoștințele, experiența și capacitatea necesare derulării unui astfel de contract și că l-au finalizat un astfel de contract, autoritatea contractantă având dreptul de a solicita operatorilor economici prezentarea unei liste care să conțină, în funcție de obiectul contractului, principalele servicii prestate sau lucrări executate în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților ori a candidaților. Însă, în acest sens, în opinia sa, nu pot fi impuse condiții ce nu au relevanță sau care sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 29 alin. (1) și art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016 precum și pe cele ale art. 172 și art. 179 din Legea nr. 98/2016. Totodată, face trimitere la art. 58 alin. (4) coroborat cu art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE precum și la jurisprudența Consiliului.

Prin punctul de vedere 9722/27.03....., înregistrat la Consiliu cu nr. 10748/28.03....., autoritatea contractantă a invocat excepția lipsei de interes în formularea contestației, iar pe fond a solicitat respingerea acesteia ca nefondată.

Cu privire la excepția invocată, autoritatea contractantă arată că, din datele de identificare ale contestatoarei, se poate observa că are ca obiect principal de activitate – 7022 – *Activități de consultanță pentru afaceri și management*, iar data înființării este 2016, astfel încât solicită Consiliului să evalueze în ce măsură contestatoarea poate obține vreun folos în raport cu obiectul contestației sau, după caz, să respingă contestația pe fond „ca fiind lipsită de interes respectiv ca fiind introdusă de o persoană fără calitate”.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016, a întocmit strategia de contractare aferentă acestei proceduri, prin care s-au documentat toate deciziile cu privire la obiectul contractului, respectiv riscurile identificate cu privire la îndeplinirea acestuia.

Astfel, în baza informațiilor analizate pe larg în strategia de contractare, au fost definite o serie de aspecte relevante ce stau la baza stabilirii complexității viitorului contract, printre ele fiind și experiența similară a viitorului contractant. Cu privire la aceste aspect, s-a considerat că, în scopul eliminării riscurilor de neîndeplinire a contractului, pentru demonstrarea experienței similare, care să asigure derularea contractului în condiții optime, este necesar să se solicite participanților la procedură să dețină o experiență minimă dovedită prin realizarea în ultimii 5 ani a unor lucrări similare a căror valoare cumulată să fie, în raport cu valoarea estimată, de minim 28.000.000 lei (fără TVA).

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că s-a avut în vedere faptul că, date fiind termenul de executare a lucrărilor de 10 luni și dimensiunea mare a proiectului, viitorul executant va trebui să deschidă simultan mai multe fronturi de lucru, respectiv pe 4-5 artere de trafic.

Astfel, toate constrângerile impuse de fluxul de execuție a lucrărilor, impun ca viitorul executant să facă dovada unei capacități economice și tehnice proporționale din perspectiva implicării de resurse umane, materiale și financiare demonstrate prin angajarea, respectiv derularea și finalizare unor lucrări similare din punct de vedere al complexității și volumului. În acest sens, s-a solicitat ca ofertanții să demonstreze capacitatea de a derula viitorul contract, într-un număr de maxim 5 secvențe de execuție simultane. Prin urmare, s-a considerat că, raportat la obiectul și complexitatea viitorului contract, este necesară o experiență similară constând în executarea de lucrări similare la nivelul a maxim 5 relații contractuale derulate în ultimii 5 ani.

În sprijinul acestei solicitări, autoritatea contractantă invocă exemplele de bună practică date, în acest sens, de ANAP, precum și faptul că, în cadrul procesului de verificare ex-ante a documentației de atribuire, această instituție a solicitat informații suplimentare cu privire la cerința în discuție, în final, documentația de atribuire fiind avizată favorabil.

Autoritatea contractantă respinge afirmațiile contestatoarei cu privire la caracterul restrictiv al cerinței, arătând că respectiva cerință este:

- stabilită cu luarea în considerare a dificultăților legate de îndeplinirea contractului (art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016);
- relevantă și proporțională în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică, sau restricționează participarea la procedură (art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016);

- necesară pentru eliminarea riscurilor de neîndeplinire a viitorului contract de achiziție publică și este de natură a asigura că ofertanții au capacitatea tehnică de a executa contractul (art. 172 alin. (3) din Legea nr. 98/2016);

- are legătură cu obiectul contractului și este proporțională prin raportare la obiectul acesteia (art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016);

- face referire la modalitatea prin care ofertanții dovedesc faptul că dețin un nivel de experiență demonstrat prin referințe adecvate din cadrul contractelor executate în trecut (art. 58 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE);

- nu urmărește favorizarea sau dezavantajarea nejustificată a unor operatori economici și nu este de natură să restrângă, în mod artificial, concurența în cadrul acestei proceduri.

Prin adresa nr. 157/04.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. 12087/04.04....., contestatoarea formulează următorul răspuns la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, respectiv: „... pe lângă obiectul principal de activitate, înregistrează și obiecte secundare autorizate pe obiectul contractului ce urmează a fi licitat, și are dreptul de a participa la procedura de achiziție publică în asociere cu alți operatori economici și beneficiind și de susținerea unor terțe persoane, capacitatea acestora fiind luată în considerare prin cumul și nu individual. Invocarea excepției interesului de către autoritatea contractantă nu este susținută, motiv pentru care vă solicităm respingerea acestui capăt de cerere”. Ulterior, prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr. 12477 și respectiv 12552/06.04....., autoritatea contractantă și contestatoarea au transmis certificatele constatatoare emise de ORC din care rezultă din care rezultă că SC are ca obiect de activitate autorizat conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 și cod CAEN 4211-lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor corespunzător obiectului prezentei proceduri.

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

..... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./....., în cadrul căruia a fost atașată și documentația de atribuire. Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi încheiat a fost stabilită la suma de 28.584.471 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumită fiind de cerința experienței similare dovedită prin prezentarea unei liste cu lucrări similare în valoare totală cumulată de minim 28.000.000 lei, (exclusiv TVA), la nivelul a maxim 5 relații contractuale, SC, după parcurgerea procedurii prealabile, a învestit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, prin care solicită modificarea cerinței experienței similare, în sensul de a se solicita prezentarea listei principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani pentru

lucrări de natura și complexitatea similară/comparând cu lucrările ce fac obiectul contractului, în valoare cumulată de minim 28.000.000 fără TVA, la nivelul a unui contract sau mai multor contracte cumulate.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția lipsei de interes (respectiv ca fiind introdusă de o persoană fără calitate întrucât obiectul principal de activitate este 7022-activități de consultanță pentru afaceri și management și data de înființare 2016) invocată de autoritatea contractantă. Pentru aceasta, vor fi avute în vedere următoarele prevederi legale din Legea nr. 101/2016:

- art. 2 alin. (1): *„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

- art. 3 alin. (1): *„(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:*

a) act al autorității contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire. (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

Totodată, Consiliul are în vedere și certificatul constatator eliberat de ORC, transmis atât de autoritatea contractantă cât și de contestatoare, din care rezultă că SC are ca obiect de activitate autorizat conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 și cod CAEN 4211-lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor corespunzător obiectului prezentei proceduri „lucrări de reabilitare str. Dunării și str. Caracal și modernizare străzi-etapa I, oraș, județul”.

În aceste condiții, din examinarea documentelor depuse la dosarul achiziției publice, Consiliul reține că autorul contestației are interes în formularea unei contestații la documentația de atribuire, fiind operator

economic interesat de participarea la aceasta, existând și posibilitatea ca în urma derulării procedurii de atribuire, oferta depusă de contestatoare (în asociere cu alți operatori economici și/sau beneficiind de susținerea unor terți) să devină câștigătoare. Prin urmare, Consiliul respinge, ca nefondată, excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă.

Analizând cerința criticată, Consiliul constată că la cap. III.2.3.a) *capacitatea tehnică și/sau profesională*, din fișa de date a achiziției, s-a solicitat: „operatorul economic ofertant trebuie să facă dovada deținerii unei experiențe similare prin ducerea la bun sfârșit, în ultimii 5 ani (calculat de la data limită de depunere a ofertelor) de lucrări similare în valoare totală cumulată de minim 28.000.000 lei (exclusiv TVA), la nivelul a maxim 5 relații contractuale ...”.

Cu privire la acest aspect, Consiliul are în vedere, pe de o parte, faptul că societatea contestatoare are posibilitatea asocierii sau susținerii din partea unor terți, conform art. 53 din Legea nr. 98/2016, pentru îndeplinirea cerințelor minime de calificare, inclusiv a experienței similare, așa cum a precizat chiar ea în răspunsul transmis cu privire la respingerea excepției lipsei de interes. Pe de altă parte, contrar dispozițiilor art. 249 din Noul Cod de procedură civilă, potrivit cărora: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească (...)”, contestatoarea, nu susține/probează faptul că ar putea îndeplini experiența similară de 28.000.000 lei doar prin prezentarea a mai mult de 5 contracte ale asociaților sau terților (conform art. 182 din Legea nr. 98/2016 și respectiv art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016), aspect ce vine în contradicție cu argumentul conform căruia „actori incumbit probatio”, respectiv „sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului”. De asemenea, nu precizează nici un număr maxim al contractelor.

Totodată, Consiliul are în vedere și următoarele informații legate de desfășurarea prezentei proceduri ce se regăsesc în fișa de date, strategia de contractare nr. 2512/17.02..... și notificarea ANAP privind completarea fișei de date a achiziției:

- Valoarea estimată a contractului – 28.584.471 lei, fără TVA;
- durata contractului – 10 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor;

- strategia de contractare nr. 2512/17.02.....: „Cu privire la experiența similară. Date fiind termenul de executare a lucrărilor de maxim 10 luni impus de prevederile contractului de finanțare nr. 33063/07.09.2015, precum și dimensiunea mare a proiectului 920 de artere orășenești ce cumulează peste 18.800 m lungime cu o tramă stradală variabilă, situată între 8,5 m-14,4 m), pentru respectarea termenului și a procedeelor tehnice de execuție viitorul executant va trebui să deschidă simultan mai multe fronturi de lucruri. Totodată, necesitatea asigurării fluentei traficului urban, precum și a asigurării condițiilor de securitate urbană, respectiv asigurarea accesului echipamentelor și autospecialelor de intervenție în caz de evenimente catastrofice, răniri de persoane sau îmbolnăviri care impun prezența ambulanțelor, impun menținerea permanentă a unor căi de acces disponibile. Astfel, conform planului de management al traficului, nu pot fi

indisponibilizate simultan mai mult de 3-4 artere. În acest context anticipăm executarea simultană a lucrărilor specifice de 4-5 artere de trafic ...”;

- notificarea ANAP privind completarea fișei de date a achiziției:
„Exemplu de bună practică: Într-o procedură de licitație deschisă derulată în vederea atribuirii unui contract de lucrări având ca obiect „Construcție drum expres între localitățile A și B, în lungime de 20 km, inclusiv lucrări de artă”, cu o valoare estimată de 100.000.000 lei, cerința de calificare referitoare la experiența similară va fi considerată îndeplinită dacă ofertantul va face dovada că: a realizat în ultimii 5 ani, în cadrul a maximum 3 contracte, lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier, sau infrastructură similară d.p.d.v complexitate și/sau utilitate, în valoare de cel puțin 100.000.000 lei și a realizat în ultimii 5 ani un viaduct rutier sau de transport feroviar de cel puțin 100 m lungime în cadrul unuia dintre aceste contracte”, care prevede un număr mai mic de contracte la o valoare mai mare (3 contracte în valoare de 100.000.000 lei), față de cel solicitat de autoritatea contractantă (5 contracte în valoare de 28.000.000 lei).

Prin urmare, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează a fi executate, un număr de maxim 5 contracte în valoare cumulată de 28.000.000 lei. Prin stabilirea acestei cerințe, autoritatea contractantă a respectat Notificarea ANAP privind completarea fișei de date a achiziției, principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, inclusiv principiul proporționalității prevăzut lit. e) din același articol, dar și art. 179 lit. a) din același act normativ, care nu indică un anumit număr de contracte, dar nici nu limitează.

În acest sens, Consiliul apreciază că impunerea unui număr maxim de 5 contracte, pentru demonstrarea experienței similare, nu este restrictivă.

Totodată, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale:
din HG nr. 395/2016:

- art. 29 alin. (1): „(1) Criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;

- art. 31 alin. (1) și (3): „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

(3) În aplicarea prevederilor art. 54 alin. (5) din Lege, autoritatea contractantă are dreptul de a impune prin documentația de atribuire ca, în cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract”.

din Legea nr. 98/2016:

- art. 53: „Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege”.

- art. 172 alin. (1)-(3) și (5): „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) situația economică și financiară;

c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”.

Invocarea unei decizii a Consiliului, de către contestatoare, într-o altă procedură (speță diferită), nu are relevanță, deoarece soluționarea are la bază informațiile doar din dosarul cauzei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC, în contradictoriu cu

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

Respinge, ca nefondată, excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4 exemplare, conține 9 pagini.