

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: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedată, transmisă prin poștă, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27178/19.05.2023, ..., cu sediul în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator, și convențional prin ..., cu sediul în ..., sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, a atacat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări pentru investiția – Creșterea performanței energetice a blocurilor de locuințe din satul Lunca Cetățuii, comuna Ciurea, județul Iași, inclusiv stații de încărcare electrică”, organizată de ..., cu sediul în comuna Ciurea, str. Merilor nr. 468, județul Iași, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat modificarea fișei de date a achiziției în sensul eliminării sintagmei „maximum 3 contracte” din cuprinsul cerinței prevăzută în Fisa de date - pct.II 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, pentru lotul 1 – „Bloc P4, bloc 8, bloc 87, bloc 57” și pentru lotul 2 – „Bloc 77, bloc 78A, bloc 78B, bloc 80”.

De asemenea, contestatoarea și-a rezervat dreptul de solicita cheltuieli de judecată pe cale separată.

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

... critică cerința din fișa de date a achiziției potrivit căreia, pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, ofertantul trebuie să prezinte un număr de maxim 3 contracte pentru componenta de execuție realizate de către ofertanți în ultimii 5 ani, valoarea cumulată a acestora urmând a fi de 9.100.000,00 lei, fără TVA, pentru Lot 1 și 14,500,000,00 lei, fără TVA, pentru Lot 2, 2959.8000 lei, exclusiv TVA, pentru componenta proiectare și de 17.935.734,68 lei pentru componenta execuție.

Potrivit contestatorului, având în vedere faptul că legiuitorul a considerat că, pentru demonstrarea experienței similare, este suficient ca operatorul economic să prezinte o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, limitarea prezentării a doar 3 contracte este restrictivă și abuzivă, încălcând principiile care guvernează orice procedură de achiziție publică.

În condițiile în care rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare cu ceea ce urmează a fi executat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că au cunoștințele/experiența și capacitatea necesare derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte, impunerea unui prag valoric a lucrărilor similare executate de către ofertant, ca cerință de calificare, este suficientă pentru ca autoritatea contractantă să se asigure că ofertanții au capacitatea de a realiza volumul de lucrări ofertat.

De asemenea, cu referire la art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea arată că acest text de lege nu limitează numărul de contracte prin care se poate dovedi experiența similară, motiv pentru care apreciază că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei limitări din documentația de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 29108/29.05.2023, contestatoarea a transmis, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209173328/1 din data de 24.05.2023, eliberată de CEC Bank – sucursala Târgu Mureș, în cuantum de 35.000 lei, aferentă lotului 1 și recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209173352/1 din data de 24.05.2023, eliberată de CEC Bank – sucursala Târgu Mureș, în cuantum de 35.000 lei, aferentă lotului 2.

Prin punctul de vedere nr. 3580/24.05.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 33531/21.06.2023, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației ..., în principal pe cale de excepție, ca tardiv formulată, și, în subsidiar, ca nefondată.

Cu privire la excepția tardivității contestației, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, arătând că, prin raportare la acestea, termenul până la care putea fi formulată contestația s-a împlinit la data de 16.05.2023, ora 23,59. Or, contestatorul a transmis contestația abia la data de 19.05.2023, cu 3 zile peste termenul legal.

Pe fond, arată că ... nu a precizat care sunt prevederile legale încălcate, care este abaterea achizitorului de la prevederile legale, criticile formulate fiind o dovadă a incapacității acestuia de a gestiona contracte de mărimea și anvergura celui supus licitației prezente.

Prin argumentele sale, contestatorul, de fapt, recunoaște că este un executant care se ocupă de contracte mici, mărunte și care, în medie, nu sunt nici măcar de 1/3 din valoarea contractului supus procedurii de licitație. Or, cerințele de calificare cu privire la experiența similară au

exact rolul de a selecta legal ofertanții care au experiența de a gestiona și implementa contracte de anvergură celui supus prezentei proceduri.

Invocând prevederile art. 178 din Legea nr. 98/2016, ale Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, autoritatea contractantă precizează că a stabilit ca numărul maxim de contracte să fie la nivelul de 3 contracte, ținând cont de specificul lucrărilor și termenul de execuție, existând dorința de identificare a unui executant de lucrări care să aibă capacitatea operațională, organizatorică și financiară de a gestiona un contract de mărimea celui supus licitației.

În opinia autorității contractante, cerința achizitorului cu privire la numărul maxim de contracte prin care se poate dovedi experiența similară, astfel cum a fost formulată, nu încalcă nici o prevedere legală, prin sintagma „similar” neînțelegându-se „identic”. Autoritatea contractantă susține că, la întocmirea documentației de atribuire, prin sintagma „similar” a înțeles ca lucrările de construcții să fie derulate la nivelul unui contract/proiect în infrastructura de construire și/sau reparații și/sau modernizări și/sau reabilitări de clădiri din categoria minimă de importanță C.", ceea ce înseamnă că se consideră lucrări similare orice lucrări de construcții aferente unui obiectiv din categoria C de importanță, și în nici un caz doar pe domeniul reabilitărilor termice a locuințelor.

Prin adresa nr. 4182/20.06.2023, înregistrată la Consiliul cu nr. 33531/21.06.2023, autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură simplificată de atribuire a contractului având ca obiect *„Proiectare și execuție lucrări pentru investiția – Creșterea performanței energetice a blocurilor de locuințe din satul Lunca Cetățuii, comuna Ciurea, județul Iași, inclusiv stații de încărcare electrică”*, prin publicarea anunțului de participare nr. .. și a documentației de atribuire, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 26.05.2023, ora 15:00.

... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv recipisele de consemnare a cauțiunii nr. 209173328/1 din data de 24.05.2023, eliberată de CEC Bank – sucursala Târgu Mureș, în cuantum de 35.000 lei, aferentă lotului 1, respectiv nr. 209173352/1 din data de 24.05.2023, eliberată de CEC Bank – sucursala Târgu Mureș, în cuantum de 35.000 lei, aferentă lotului 2.

Recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

..., fiind nemulțumit de cerința de calificare „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, de la lotul 1 – „bloc P4, bloc 8, bloc 87, bloc 57” și de la lotul 2 „bloc 77, bloc 78A, bloc 78B, bloc 80”, solicită modificarea fișei de date a achiziției, în sensul eliminării sintagmei „maximum 3 contracte”.

Având a se pronunța, cu prioritate, cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul reține că, în speță, sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016:

„(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.”

Totodată, potrivit art. 16 alin. (1) din lege, *sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.*

De asemenea, sunt avute în vedere și prevederile art. 183 din Codul de procedură civilă, potrivit căroră „(1) Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum și mențiunea datei și orei primirii faxului sau a e-mail-ului, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”, precum și cele ale art. 2556 din Codul civil, potrivit căroră: „Actele de orice fel se socotesc făcute în termen, dacă înscrisurile care le constată au fost predate oficiului poștal sau telegrafic cel mai târziu în

ultima zi a termenului, până la ora când încetează în mod obișnuit activitatea la acel oficiu”.

Raportat la prevederile legale citate anterior, la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit pe fiecare lot contestat (9.326.437,5 lei, fără TVA, pentru lotul 1, respectiv 14.779.837, fără TVA, pentru lotul 2) și la data luării la cunoștință de actul atacat, respectiv data publicării în SEAP a documentației de atribuire (09.05.2023), Consiliul stabilește că o contestație împotriva rezultatului procedurii putea fi depusă, atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă, cel mai târziu la data de 16.05.2023, aspect necontestat de vreuna dintre părți.

Din verificarea documentelor existente la dosarul cauzei, rezultă că autorul contestației, ..., a transmis contestația prin intermediul Poștei Române, atât la Consiliu (conform AR59773415235) cât și la autoritatea contractantă (conform AR59779563011) la data de 16.05.2023. Nu are relevanță faptul că înregistrarea contestației s-a realizat la Consiliu/autoritatea contractantă în 19.05.2023, din moment ce corespondența a fost transmisă prin poștă în 16.05.2023, fiind respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, Consiliul stabilește că, în speța de față, autoarea contestației a transmis contestația atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă înăuntrul termenului stabilit de lege, motiv pentru care excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, urmează a fi respinsă ca nefondată.

Trecând la analiza pe fond a contestației, Consiliul ia act de cerința de calificare, din cadrul fișei de date a achiziției/ III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:

„Loturile: 1,2

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Lista principalelor lucrări executate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, (modul de calcul al ultimilor în cazul în care autoritatea contractantă decalează termenului-limită stabilit pentru depunerea ofertelor, publicând în acest sens o erată, limita inferioară a perioadei de 5 ani se extinde cu perioada de timp aferentă decalării, urmând a fi considerată) cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați, însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent din care să rezulte faptul că au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit lucrări de construcții similare cu cele care formează obiectul procedurii de achiziție cu o valoare totală cumulată fără TVA mai mare sau cel puțin egală cu:

- Pentru lotul 1 (bloc P4, bloc 8, bloc 87, bloc 57) 9.100.000,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract, maximum 3 contracte.

- Pentru lotul 2 (bloc 77, bloc 78A, bloc 78B, bloc 80) 14.500.000,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract, maximum 3 contracte.

Prin similar autoritatea contractanta înțelege că lucrările de construcții să fie derulate la nivelul unui contract/proiect în infrastructura de construire și/sau reparații și/sau modernizări și/sau reabilitări de clădiri din categoria minima de importanta C. (...)”

În strategia de contractare, autoritatea contractantă a justificat cerința de calificare astfel:

„Pentru **execuția de lucrări** ofertanții vor avea posibilitatea de a dovedi valoarea experienței similare printr-un număr de maximum 3 contracte, executate **în ultimii 5 ani. Numărul de maximum 3 contracte** a fost ales, pe de o parte de a nu restricționa accesul celor care au experiența similara din mai mult de 1 contract, iar pe de alta parte pentru ca A.C. sa se asigure ca ofertanții **au experiența implementării unor lucrări de valori mai mari si mai importante** (capacitatea de a executa un contract de lucrări cu valori similare).

Totodata tinand cont de valoarea minima stabilita, A.C. a decis ca experiența sa fie demonstrata **printr-un număr de maxim 3 contracte pentru a se asigura de participarea acelor ofertanți care pot gestiona contracte ample din punct de vedere valoric, ce presupun utilizarea de resurse tehnice si financiare de o anvergura mai mare.** A.C. considera ca, in cazul **in care un operator ar avea experiența rezultata din mai mult de 3 contracte, ar rezulta un risc potențial pentru A.C. ca ofertantul sa nu poată gestiona contracte de valori mai mari (resurse tehnice, acces la aprovizionări de material, acces la tehnologie etc) care in mod automat înseamnă si riscul unei execuții defectuoase la nivelul contractului ce face obiectul procedurii.**

Pentru a verifica corespondentul in piața si pentru a verifica daca condiția nu este restrictivă, A.C. a consultat lista anunțurilor de atribuire din SEAP pentru servicii similare, existând un număr foarte mare de operatori economici care au contracte câștigate si implementate pe valori similar.”

Consiliu reține a fi relevante în soluționarea cauzei următoarele prevederi:

- art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016:

„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”.

- art. 3 din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016

privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale:

„(1) Atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

a) va preciza ce înțelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;

*b) **va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.***”

Consiliul constată că cerința de calificare „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, respectiv experiența similară, a fost stabilită conform prevederilor antemenționate, prin solicitarea listelor de lucrări executate de ofertant, cu precizarea **plafonul valoric al lucrărilor executate (lot 1- 9.100.000,00 lei/lot 2 - 14.500.000,00 lei) și a numărului de contracte – maxim 3, prin care să fi fost realizat plafonul valoric al lucrărilor.**

Faptul că societatea contestatoare nu poate îndeplini aceste cerințe, nu înseamnă că ele sunt restrictive, ilegale sau abuzive (cum susține petentul).

Limitele valorice (plafon valoric) și cantitative (număr de contracte) au fost stabilite de achizitor prin raportare la riscurile contractului, la capacitatea operatorului de a gestiona contracte de asemenea anvergură, dar și luând în considerare resursele umane, materiale, echipamente necesare îndeplinirii lucrărilor.

Contestatorul, deși susține că cerința de experiență similară restricționează accesul operatorilor la procedura de atribuire, nu demonstrează că, în piața de profil, ar fi un număr redus de operatori economici care ar putea respecta condițiile de calificare.

Determinarea criteriilor de calificare sunt rezultatul procesului de documentare a deciziei de planificare/pregătire a achiziției, de către autoritatea contractantă (conform art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016), care a luat în considerare și relația dintre obiectul contractului,

constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte.

Or, contestatorul se raportează doar la imposibilitatea sa de a demonstra respectarea cerințelor. În fapt, prin solicitarea de modificare a criteriului de calificare, contestatorului se substituie autorității contractante, în planificarea achiziției, stabilind propriile condiții de participare la procedura de atribuire.

Pe de altă parte, Consiliul observă că societatea contestatoare, prin solicitarea de eliminare a sintagmei „maxim 3 contracte”, dorește ca experiența similară să poată fi dovedită printr-un număr nelimitat de contracte. Or, o modificare a cerinței de calificare în acest sens, nu poate acoperi riscurile contractului. De exemplu, gestionarea unui contract de lucrări de 10.000 de lei nu poate fi comparată cu cea a unui contract de lucrări de 500.000 lei, care obligă la un alt tip de organizare, mai multe resurse umane, materiale, echipamente, financiare etc.

Văzând toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practica deciziei,

...

Redactată în 4 exemplare, conține 8 pagini.