

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 272/20.09.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF, prin reprezentant legal – administrator, în calitate de lider al asocierii –, împotriva adresei nr. 40143/13.09.2021 și raportului procedurii nr. 8791L/13.09.2021, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de atribuire simplificată a contractului de achiziție publică având ca obiect, s-a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului nr. 40143/13.09.2021 și a Raportului procedurii nr.8791L/13.09.2021, precum și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei clasată pe primul loc, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare, cu aplicarea criteriilor de atribuire și a motivelor care conduc la declararea ofertei clasate pe primul loc ca fiind inadmisibilă și neconformă, la solicitarea de clarificări privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertei și la atribuirea contractului către operatorii economici care au depus oferte admisibile și conforme.

Prin cererea de intervenție nr. 942/29.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 51264/30.09.2021, ... cu sediul în înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI....., reprezentată legal prin- administrator, s-au solicitat următoarele:

(i) încuviințarea în principiu a cererii de intervenție principală în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu apărat prin această cale și admiterea acesteia;

(ii) în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia altfel, să se admită cererea susmenționată ca și cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, respectiv cerere de intervenție *sui-generis*, specifică procedurii administrativ-jurisdicționale;

(iii) respingerea contestației formulată de către

- a. ca lipsită de interes /inadmisibilă;
- b. ca tardiv formulată cu privire la capătul patru al cererii;
- și, în subsidiar
- c. ca nelegală și nefondată.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică adresa nr. 40143/13.09.2021 și raportul procedurii nr. 8791L/13.09.2021, emise de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele antemenționate.

În fapt, contestatoarea precizează că, deși a depus oferta în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, aceasta a fost declarată necâștigătoare în detrimentul ofertei

Contestatoarea apreciază că, în urma consultării dosarului achiziției, a constatat o serie de neconformități ale ofertei desemnate câștigătoare, respectiv:

O primă neconformitate este aceea că ofertantul desemnat câștigător nu a dovedit accesul la resursele financiare.

Contestatoarea critică faptul că în documentul prezentat de ofertantul declarat câștigător figurează o sumă inferioară celei solicitate prin documentația de atribuire, raportat la prevederile Cap. 12 din Caietul de sarcini, pag. 37. Întrucât suma menționată în caietul de sarcini este exprimată fără TVA, la fel ca toate sumele prevăzute în documentațiile de atribuire, contestatoarea apreciază că ofertanții aveau obligația garantării cash flow-ului de execuție pentru suma menționată, inclusiv TVA, întrucât rațiunea unei asemenea cerințe este aceea de a dovedi că viitorul executant are disponibilități financiare de a achita materialele pe care le va pune în operă și furnizorii cu care colaborează, iar TVA-ul va fi aplicat plăților pe care executantul le va face pentru achitarea materialelor și tuturor facturilor către furnizori, aceasta fiind, în realitate, suma urmărită prin documentația de atribuire.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că documentul prezentat de ofertantul declarat câștigător nu satisface cerințele caietului de sarcini, făcând referire la o sumă brută mai mică decât suma netă menționată în caietul de sarcini, ceea ce conduce la respingerea ofertei, ca neconformă, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Conform cerinței din documentația de atribuire, ofertantul trebuie să demonstreze accesul ori disponibilitatea unor resurse suficiente pentru a realiza un anumit cash flow la momentul solicitării documentelor suport.

În opinia contestatoarei, ofertantul declarat câștigător nu a dovedit disponibilitatea resurselor solicitate, iar documentul prezentat nu confirmă nici accesul la aceste resurse, fiind o simplă confirmare neangajantă, eliberată de o IFN care nu garantează în niciun fel faptul că sumele respective vor fi efectiv puse la dispoziția societății.

Din exprimarea utilizată de emitentul scrisorii de confirmare a disponibilităților de resurse financiare ale ofertantului declarat câștigător, reiese faptul că respectivul ofertant ar putea avea acces la resurse, ca mai apoi emitentul să menționeze faptul că scrisoarea de confirmare este neangajantă și să invoce prevederile art. 2321 Cod civil care limitează răspunderea în cazul scrisorii de garanție.

Cu alte cuvinte, se arată de către contestatoare, documentul prezentat de ofertantul declarat câștigător nu dovedește nici disponibilitatea, dar nici accesul la resursele menționate în caietul de sarcini, accesul nefiind dovedit nici pentru viitor, cu atât mai puțin la momentul solicitării documentelor suport (așa cum este menționat în cerința caietului de sarcini).

A doua neconformitate invocată de contestatoare este aceea că ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit cerința privind experiența similară în lucrări, ...utilizând în dovedirea experienței similare, un contract având ca obiect lucrări asupra „*Hala producție*”.

Cum construcția care face obiectul contractului care urmează a fi atribuit este o construcție civilă, contestatoarea susține că ofertantul desemnat câștigător (prin) a înțeles să dovedească îndeplinirea cerinței într-o manieră neconformă prin experiența sa cu clădiri industriale.

A treia critică a contestatoarei vizează faptul că ofertantul desemnat câștigător nu a dovedit experiența inginerului în domeniul relevant, în maniera impusă de caietul de sarcini la pag.35-36.

A patra critică vizează întocmirea graficului de elaborare a documentațiilor de către ofertantul desemnat câștigător, având în vedere că, în documentul intitulat "Graficul de elaborare a documentațiilor", ofertantul menționează la pct. a) faptul că toate fazele de proiectare (PAC, PTE și DE) ar fi finalizate în 3 luni de la ordinul de începere.

În opinia contestatoarei, aceste termene sunt eronate și nu au niciun fundament logic, nefiind posibilă demararea procedurii de întocmire a PTE până nu este finalizat PAC și nu sunt obținute avizele, iar faza DE nu poate fi demarată până nu este întocmit PTE.

Și mențiunea de la pct b) este incorectă, după cum opinează contestatoarea, având în vedere că verificarea proiectării (PAC, PTE și

DE) pe specialități se va realiza în ultima săptămână în 5 zile, iar faza PAC necesită verificare chiar înainte de depunere pentru obținere avize.

Într-o ultimă critică, contestatoarea susține că autoritatea contractantă avea obligația solicitării unor clarificări privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertantului câștigător, întrucât prețul ofertat este cu aproximativ 20% mai mic decât valoarea estimată și în condițiile în care obiectul procedurii este reprezentat de un obiectiv de investiții bazat pe un proiect-tip care vizează construirea a 150 de baze sportive tip 1 și 100 baze sportive de tip 2.

Față de cele susmenționate, contestatoarea apreciază că se impune obligarea autorității contractante la solicitarea de clarificări privind valoarea scăzută a ofertei desemnate câștigătoare, urmând ca ofertantul declarat câștigător să justifice prețul prin raportare la prețurile pieței și în modalitatea prevăzută la pag. 36 din Caietul de sarcini.

Pentru motivele prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395 / 2016.

Prin punctul de vedere nr. 43534/29.09.2021 comunicat cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 51262/30.09.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de asocieria-, ca nefondată.

Referitor la prima critică a contestatoarei potrivit căreia ofertantul clasat pe primul loc nu a dovedit accesul la resursele financiare, autoritatea contractantă menționează faptul că nu poate impune un anumit instrument bancar sau o anumită instituție bancară în vederea constituirii cash flow-ului de execuție a lucrării, întrucât o cerință astfel formulată ar fi restrictivă și ar contraveni legislației în materia achizițiilor publice.

Mai mult, autoritatea precizează că documentul transmis de asocieria câștigătoare, îndeplinește condițiile minime referitoare la cash flow întrucât este emis exclusiv pentru îndeplinirea contractului, are la bază datele asocierii câștigătoare și se întemeiază pe contragaraniile propuse.

Astfel, subliniază autoritatea, comisia de evaluare a procedat în mod temeinic și legal considerând admisibilă oferta prezentată de asocieria declarată câștigătoare, deoarece prin prezentarea documentului denumit „*Scrisoare de confirmare a disponibilităților de resurse financiare*”, aceasta îndeplinește condițiile de formă și conținut a instrumentului de garantare, cum a fost solicitat prin caietul de sarcini.

Referitor la critica faptului că ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit cerința privind experiența similară în lucrări, autoritatea apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare a hotărât că oferta declarată câștigătoare este admisibilă, întrucât aceasta îndeplinește

cerințele fișei de date, atât din punct de vedere valoric, cât și al similarității lucrărilor executate.

În acest context, autoritatea contractantă dorește să învedereze faptul că în cadrul contractului prezentat de ofertantul desemnat câștigător în susținerea experienței similare s-a realizat „o hală de producție” care, în opinia comisiei de evaluare, constituie o lucrare superioară celei care face obiectul respectivului contract de achiziție publică.

Astfel, subliniază autoritatea contractantă, clădirile civile se diferențiază doar prin procesele funcționale pe care acestea le îndeplinesc, spațiile de dimensiuni mai mari sau mai mici cu diferite funcțiuni, numărul mai mare sau mai mic de oameni care utilizează spațiul respectiv. Ponderea diferită a categoriilor de lucrări executate în realizarea acestora nu este de natură a modifica încadrarea în categoria clădirilor civile.

Față de susținerea contestatoarei potrivit căreia lucrările prestate de ofertantul câștigător în contractul având ca obiect „*Hală de producție*”, evaluat pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, nu pot fi considerate similare, neavând același grad de complexitate, autoritatea contractantă învederează că, așa cum se poate observa din documentația de atribuire, cerința privind experiența similară a vizat contracte similare și nu identice, similare însemnând din aceeași categorie.

În același timp, potrivit art. 5 din instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 „*NU se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului*”.

Referitor la critica privind faptul că ofertantul desemnat câștigător nu a dovedit experiența inginerului în domeniul relevant, autoritatea susține că, în mod corect, comisia de evaluare a hotărât că este îndeplinită cerința caietului de sarcini privind personalul responsabil cu prestarea serviciilor de proiectare pentru domeniul menționat, întrucât din documentele transmise în ofertă, în special din CV-ul depus, reiese că persoana nominalizată pentru poziția de Inginer - specialitatea instalații sanitare, termice și ventilații are o experiență profesională mai mare de 5 ani, respectiv de 11 ani.

Astfel, autoritatea precizează că, atâta timp cât se respectă durata solicitată prin caietul de sarcini, este în sarcina proiectantului să își organizeze activitățile după cum consideră necesar, în funcție de personalul de care dispune.

Având în vedere cele susmenționate, autoritatea contractantă susține că s-a procedat, în mod temeinic și legal, declarând admisibilă și

câștigătoare oferta prezentată de asocierea, întrucât aceasta respectă cerințele caietului de sarcini cu privire la prezentarea unui grafic Gantt ce se va realiza utilizând un software de planificare a timpului, cu evidențierea drumului critic.

În ceea ce privește critica ce vizează solicitarea de clarificări privind prețul neobișnuit de scăzut, autoritatea susține că în evaluarea propunerii financiare a ofertantului declarat câștigător, comisia de evaluare a avut în vedere că ofertele depuse de participanții la procedură reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului.

Astfel, se subliniază că, prețul contractului nu a fost privit doar ca un element formal, ci ca un element esențial al propunerii financiare, a cărei realitate și sustenabilitate a fost verificată, în baza principiilor tratamentului egal și al nediscriminării și care se probează prin documentele înaintate autorității contractante.

Mai mult, autoritatea consideră că nu poate fi luat în calcul algoritmul invocat de contestatoare, conform căruia *„un preț cu aproximativ 20% mai mic decât valoarea estimată și cu aproximativ 10% mai mic decât media celorlalte oferte depuse în respectiva procedură este, sau ar trebui să fie, de natură a suscita interesul comisiei de evaluare”*, întrucât legislația în materia achizițiilor publice nu definește în niciun fel prețul neobișnuit de scăzut și, mai mult, nu stabilește un prag valoric sau procentual, raportat la care o ofertă poate fi considerată neobișnuit de scăzută.

În sensul admiterii propunerii financiare depusă de câștigătoare, comisia de evaluare a avut în vedere, după cum se arată, că ofertantul a cotat toate centrele de cost puse la dispoziție prin documentația de atribuire; toate listele de utilaje/echipamente și dotări; a respectat toate caracteristicile din fișele tehnice ale echipamentelor și utilajelor; a utilizat pentru întocmirea propunerii financiare tariful de 19,5 lei/oră, respectând astfel tariful orar brut minim, de 17,928 lei/oră, conform OUG nr. 114/2018 care reglementează salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată pentru domeniul construcții.

În concluzie, potrivit autorității, comisia de evaluare a procedat în mod temeinic și legal declarând admisibilă și câștigătoare oferta prezentată de, întrucât prin oferta financiară depusă, acesta asigură implementarea obiectivului de investiție ce face obiectul contestației, fără ca această ofertă să fie neobișnuit de scăzută.

În drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin cererea de intervenție nr. 942/29.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 51264/30.09.2021, ... susține, în ceea ce privește admisibilitatea în principiu a cererii sale, că pretinde, în principal, un

drept propriu, strâns legat de cel dedus judecății, respectiv menținerea Raportului procedurii de atribuire nr. 8791L/13.09.2021 și a tuturor actelor subsecvente, prin care oferta depusă de către asocieria din care face parte societatea sa a fost declarată câștigătoare, iar oferta contestatoarei a fost declarată necâștigătoare.

În subsidiar, intervenienta solicită să se recalifice cererea sa, ca fiind cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 63 din Codul de procedură civilă și aceasta să fie admisă în principiu, interesul său de a interveni în litigiu fiind unul evident, în condițiile în care oferta sa este cea declarată câștigătoare.

În continuare, se solicită respingerea, ca lipsită de interes/inadmisibilă, a contestației prin raportare la actele a căror anulare se solicită, întrucât contestatoarea nu a cerut anularea actelor prin care au fost evaluate și stabilit rezultatul privind propunerile tehnice (Procesul-verbal nr. 7553L din 12.08.2021), propunerile financiare (Procesul-verbal nr. 8320 L din 31.08.2021) și rezultatul verificării documentelor-suport/dovezilor asocierii sale (procesul verbal nr. 8619 L/08.09.2021).

Intervenienta apreciază că în eventualitatea în care Consiliul ar admite contestația și ar anula comunicarea rezultatului procedurii nr. 40143/13.09.2021, raportul procedurii nr.8791L/13.09.2021 și toate actele subsecvente acestora, actele inițiale, învederate în paragraful anterior, sunt acte valabile care își produc efectele juridice.

Referitor la dovada îndeplinirii cerinței privind accesul la resursele financiare, intervenienta consideră aspectele privind cash-flow-ul și criticile contestatoarei ca fiind o problemă artificială, în condițiile în care cash-flow-ul a fost solicitat pentru primele 2 luni de la semnarea contractului, în scopul acoperirii lucrărilor de execuție (fiind calculat numai prin raportare la valoarea lucrărilor de execuție, conform formulei de calcul scăzându-se din valoarea estimată a contractului valoarea estimată a serviciilor de proiectare).

Societatea intervenientă subliniază că, așa cum se poate constata din cerințele caietului de sarcini, în primele 3 luni de execuție ale contractului va avea loc activitatea de proiectare, activitate care nu implică nici costuri cu execuția de lucrări, nici costuri de TVA, în condițiile în care serviciile de proiectare sunt executate intern de către membrii asocierii desemnate câștigătoare.

Totodată, intervenienta face trimitere la adresa emitentului scrisorii de confirmare – adresa nr. 102 din 23.09.2021, prin care se arată că societatea sa dispune de un plafon de 2.000.000 lei, plafon în baza căruia poate solicita orice tip de produs existent în portofoliul instituției.

Cu referire la respectarea cerinței privind experiența similară în lucrări, intervenientul precizează că, așa cum rezultă din diferitele norme și reglementări legale, nu există o definiție legală, standardizată a

lucrărilor de construcții civile, clasa construcțiilor civile fiind o clasă mult mai largă decât cea a clădirilor și nu restricționată așa cum arată contestatoarea.

Dacă s-ar raporta la interpretarea limitativă și restrictivă a contestatoarei, cerințele privind experiența similară ar fi condus la o restrângere a competiției, aspect sancționat de legiuitor, și ar fi fost chiar contestat de către operatorii economici interesați.

Intervenienta subliniază că, pentru considerentele susmenționate, și având în vedere că a prezentat două contracte de lucrări de construcții aferente construcțiilor civile, din care unul a presupus o construcție cu destinație sportivă, a îndeplinit cerințele autorității contractante.

Cu privire la capătul trei de cerere, prin care contestatoarea susține că societatea sa nu a dovedit experiența inginerului în domeniul relevant, intervenienta menționează că, pentru acoperirea poziției de „Inginer proiectant de instalații (electrice, sanitare, termice, gaze, etc.), - inginer cu experiență în domeniul proiectării în specialitatea respectivă”, a propus personal compus din trei ingineri pentru care a dovedit experiența în domeniul relevant, conform caietului de sarcini.

Cu privire la capătul patru de cerere a contestatoarei privind întocmirea neconformă a graficului de elaborare a documentațiilor de către intervenient, în fapt, acesta o apreciază ca fiind o critică față de documentația de atribuire (caietul de sarcini), cu privire la care termenul de formulare a contestațiilor, prin raportare la dispozițiile art.8 alin. 1, alin.2 și următoarele din Legea 101/2016, este împlinit.

Prezentând extras din documentația de atribuire (filele 31 și 32 din caietul de sarcini), intervenienta consideră tardivă și, în subsidiar, neîntemeiată mai susmenționata critică a contestatoarei.

Referitor la capătul cinci de cerere, prin care contestatoarea susține că autoritatea ar fi trebuit să solicite clarificări privind prețul neobișnuit de scăzut, intervenienta susține că respectivele critici sunt generale și nefundamentate. Astfel, nu este criticat modul concret în care acesta a structurat propunerea financiară, nici anumite elemente de preț ale ofertei, ci numai prețul, ca valoare globală, în mod exagerat acesta fiind apreciat de către contestator drept neobișnuit de scăzut.

În drept, sunt invocate dispozițiile art. 2, art. 10, art. 17 alin. (3) și următoarele, art.21 alin.3 și următoarele din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele Cod procedură civilă.

În probațiune, intervenientul solicită administrarea probei cu înscrisuri, precum și a oricărei alte probe a cărei necesitate ar rezulta din dezbateri.

Prin adresa nr. 292/04.10.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 51958/04.10.2021, ..., în calitate de lider al asocierii-, a transmis *note scrise* prin care solicită respingerea excepțiilor invocate de societatea intervenientă, aducând, totodată, contraargumente la cele susținute de aceasta pe parcursul

cererii de intervenție, și de către autoritatea contractantă în punctul său de vedere.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect....., cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1087596/15.06.2021. Conform anunțului de participare simplificat, valoarea estimată a contractului este de 7.037.987,88 Ron, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate – preț*.

La procedură, au depus oferte șapte operatori economici, printre care și asocierea, a cărei ofertă a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul doi în clasamentelor ofertelor admisibile.

Nemulțumită fiind de rezultatul comunicat prin adresa nr. 40143/13.09.2021, înțelegând să formuleze critici la adresa ofertei desemnată câștigătoare, asocierea , prin liderul, a investit Consiliul cu prezenta contestație, consemnând și cauțiunea aferentă.

Față de această contestație, a promovat cerere de intervenție, asocierea prin liderul Consiliul apreciază că cererea nu poate fi considerată principală, având în vedere că, potrivit art. 61 alin. (2) Cod de procedură civilă, intervenția este principală când cel care intervine pretinde pentru sine, în tot sau în parte dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Tocmai de aceea, intervenția principală este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată (art. 62 alin. 1 Cod de procedură civilă), având natura juridică a acesteia, și se îndreaptă împotriva ambelor părți inițiale din proces, contestatoare și autoritate contractantă, în cazul de referință.

Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezeve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esență intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

În speță, se poate observa că motivarea intervenției se suprapune celei a autorității contractante, interesul ambilor fiind de a

obține respingerea contestației și confirmarea legalității actului autorității de atribuire a contractului. Obiectul cererii de intervenție în prezentul litigiu, respectiv solicitarea de respingere a contestației, este identic cu obiectul exprimat de în punctul său de vedere.

Așadar, în privința cererii de intervenție formulată, Consiliul, văzând că asocierea din care face parte are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii la 29.09.2021, în calitate de ofertantă desemnată câștigătoare, în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

În ceea ce privește respingerea contestației ca inadmisibilă/lipsită de interes, solicitată de societatea intervenientă, pe motiv că autoarea contestației nu a solicitat și anularea actelor inițiale, respectiv a proceselor-verbale de evaluare tehnică, financiară și a documentelor-suport, ci doar a comunicării rezultatului și a raportului procedurii, Consiliul stabilește că nu operează o astfel de excepție, având în vedere că o eventuală anulare a raportului procedurii are înrâurire și asupra concluziilor autorității, consemnate în actele la care face referire. Actele vătămătoare pentru asocierea sunt raportul procedurii de atribuire, actul decizional final al autorității contractante, precum și actul subsecvent, respectiv adresa de comunicare, prin care i s-a adus la cunoștință decizia dispusă în procedură.

Revenind asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că, într-un prim aspect, se susține că ofertantul desemnat câștigător nu a dovedit accesul la resursele financiare.

În opinia contestatoarei, în documentul prezentat de, respectiv în *scrisoarea de confirmare a disponibilităților de resurse financiare nr.....*, figurează o sumă inferioară celei solicitată în documentația de atribuire, și totodată, înscrisul nu dovedește îndeplinirea cerinței în manieră expusă, respectiv nu demonstrează *accesul sau disponibilitatea* unor resurse suficiente pentru a realiza un anumit cash flow la momentul solicitării documentelor suport.

În analiza sa, Consiliul apelează la clauzele documentației de atribuire, singura care delimitează sfera cerințelor de participare, atât de calificare, cât și de ordin tehnic.

Nici în cuprinsul anunțului de participare simplificat și nici în acela al fișei de date, autoritatea contractantă nu a inserat vreo mențiune cu privire la condiționarea participării la licitație de asigurarea unui cash flow de execuție a lucrării.

Potrivit art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, *în formularea în vigoare la momentul inițierii prezentei proceduri*, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de calificare și selecție referitoare la:

- a) motive de excludere

- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) experiența similară.

În normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 se arată:

- art. 30:

(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă stabilește criterii de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(5) Autoritatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.

Din parcurgerea anunțului de participare și a fișei de date se observă că autoritatea contractantă nu a tratat niciunde în cuprinsul lor cerința a cărei îndeplinire o pretinde acum societatea reclamantă de la asocierea câștigătoare (cu titlu de cerință de calificare).

Asemenea condiționări de calificare apar în caietul de sarcini la cap. 12 *Prezentarea propunerii financiare*. Însă, precizarea de la pagina 37 a caietului de sarcini: ofertantul clasat pe locul I trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAE va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 1.536.247,29 fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic are semnificația unei veritabile cerințe de calificare a ofertanților, situație care atrage incidența art. 30 alin. (6) din norme, antecitat.

Precizarea redată constituie o cerință de calificare pentru că se referă la abilitarea operatorului economic ofertant, iar nu la lucrările executate de el sau la serviciile asociate (specificații tehnice). Criteriile de calificare privind capacitatea 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. 29 alin. 1 din norme).

Caracterul nescris al clauzei înseamnă că ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de „clauză nescrisă” semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 martie 2017.

Prin urmare, fiind o clauză nescrisă, ea este lipsită de orice relevanță și nu poate fundamenta respingerea vreunei oferte, în speță a asocierii, precum dorește autoarea contestației.

În condițiile date, analiza pe fond a îndeplinirii cerinței în discuție de către este de prisos, dat fiind că ea nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției, din cauza caracterului ei de clauză nescrisă.

Următoarea critică este îndreptată împotriva îndeplinirii de către asocieria câștigătoare a cerinței de calificare privind experiența similară, astfel cum a fost redactată în fișa de date a achiziției, respectiv la cap. III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*:

Cerinta 1 - Experienta similara in lucrari:

Lista principalelor lucrari executate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privati, însoțită de certificari/documente constatatoare sau echivalent. Ultimii 5 ani vor fi calculați până la data limita de depunere a ofertei, cu mențiunea că modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventuale decalări ale termenului limita prevăzut în AP/IP publicat. Prin lista lucrărilor executate însoțită de certificari/documente constatatoare sau echivalent, ofertantul trebuie să facă dovada că, în ultimii 5 ani calculați până la data limita stabilită pentru depunerea ofertelor au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit lucrări similare (**lucrări de construcții noi/reabilitare/modernizare/extindere aferente construcțiilor civile**) cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie prin prezenta procedura la nivelul unui contract, maximum 2 contracte, cu o valoare totală, fără TVA mai mare sau cel puțin egală cu 6.100.000,00 lei, cu condiția că **cel puțin un contract să fi presupus o construcție cu destinație sportivă**.

Nemulțumirea contestatoarei vizează contractul de execuție lucrări din 11.01.2016, încheiat între, având ca obiect *hală producție -.....*, susținând că ofertantul desemnat câștigător a înțeles să dovedească îndeplinirea cerinței *într-o manieră neconformă prin experiența sa cu clădiri industriale*.

Preliminar analizei asupra modalității de îndeplinire a cerinței privind experiența similară de către asocieria, se impune expunerea unor considerente vizavi de similaritatea lucrărilor cerute în cadrul contractelor prezentate în dovedirea experienței similare cu cele care fac obiectul prezentei achiziții. Așadar, potrivit caietului de sarcini, baza sportivă care urmează a se executa va cuprinde: teren pentru fotbal, teren multifuncțional pentru handbal, baschet, volei și tenis, clădire pentru vestiare, cabina de poartă, parcare, alei pietonale, spații verzi. La pag. 10-18 ale caietului de sarcini se regăsesc tratate detaliile structurii de rezistență, fiind arătat faptul că structura de rezistență este

concepută în sistem cadre de beton armat, sistemul de fundare fiind de tip grinzi continue din beton armat pe două direcții. De asemenea, sunt prezentate detaliile privind finisajele interioare, exterioare, instalațiile electrice, instalațiile de iluminat, sanitare, termice. Totodată, este menționat faptul că, potrivit HG nr. 766/1997, clădirea se încadrează în categoria de importanță C, clasa de importanță a construcției fiind III.

În dovedirea experienței similare, autoritatea contractantă a solicitat contracte de lucrări de construcții noi/reabilitare/modernizare/extindere **aferente construcțiilor civile**, la modul general.

Se impune sublinierea faptului că experiența similară nu înseamnă experiență identică, fiind suficient ca lucrările executate să fi inclus categorii de lucrări care urmează a fi efectuate în baza contractului supus licitației.

Nici Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă 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, nu stabilește pentru autoritatea contractantă o obligație de a pretinde experiență extrem de specializată sau chiar identică. Dimpotrivă, respectiva instrucțiune prevede că nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului [art. 5 alin. (1)].

În aprecierea Consiliului, este eronată interpretarea ce transformă similaritatea lucrărilor în identitatea lor, dat fiind că, validând această viziune asupra similarității lucrărilor, în speță, numai ofertanții care au executat exact lucrări ce presupun lucrări de construcții noi/reabilitare/modernizare/extindere aferente construcțiilor civile, nu alte lucrări, chiar de complexitate superioară, vor putea depune o ofertă care să fie apreciată de comisie ca fiind admisibilă. În măsura în care se validează o astfel de viziune rezultă că între lucrări ar trebui să existe identitate absolută, care nu își găsește suport în nicio normă legală, legiutorul statuând asupra verificării experienței anterioare a ofertanților prin raportare la similaritate, nu la identitate.

Acceptabilitatea ofertei, sub aspectul experienței similare, rezultă din compararea complexității lucrărilor anterior realizate cu complexitatea lucrărilor de atribuit.

Stabilind acest cadru, important sub aspectul verificării similarității lucrărilor, Consiliul reține că, potrivit descrierii din cuprinsul anexei la contractul de lucrări evocat în cele ce preced, lucrările ce au făcut obiectul contractului au constatat în lucrări de arhitectură (structură zidărie /panou sandwich, tâmplărie PVC, finisaje), de rezistență (fundăție, placa

beton, stâlpi/grinzi beton/structură metalică), instalații (electrice, curenți slabi, termice, sanitare), similare, astfel, cu cele descrise de autoritate în paginile caietului de sarcini (pag. 10-18), indiferent de faptul că destinația clădirii este hală de producție.

Mai mult, astfel cum rezultă din rigorile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a încadrat clădirea – componentă a bazei sportive - în categoria de importanță C, iar potrivit Anexei 2a) a ediției din 1994 a Regulamentul privind stabilirea categoriei de importanță a construcției, această categorie era explicată astfel:

III. Categoria de importanță C - Construcții de importanță normală

1. Construcții cu funcții obișnuite, a căror neîndeplinire nu implică riscuri majore pentru societate și natură.

Exemple: clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri; **construcții industriale** și agrozootehnice curente; construcții social-culturale care nu intră în categoriile de importanță A și B.

Determinând că nu există motive pentru reținerea temeiniciei acestei critici, Consiliul o va respinge.

Următoarea critică la adresa ofertantului declarat câștigător are ca obiect experiența inginerului, contestatoarea susținând că nu a dovedit experiența în domeniul relevant, în maniera impusă de caietul de sarcini (pag. 35-36).

Consiliul apreciază ca fiind valabile argumentele reținute în cele ce preced cu privire la incidența dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, situația fiind similară, dat fiind că preluarea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare ce nu se regăsesc în anunțul de participare se subscrie normelor evocate.

Așadar, nu se poate reține o eventuală neîndeplinire a unor cerințe, catalogate de legiuitor ca fiind clauze nescrise.

Cu toate acestea, intrând pe fondul celor reclamate, Consiliul reține că, la nivelul caietului de sarcini, s-a cerut personalul responsabil cu prestarea serviciilor de proiectare, printre care și inginerul proiectant de instalații (electrice, sanitare, termice, gaze, etc.) – inginer cu experiență în domeniul proiectării în specialitatea respectivă, care să aibă nivelul de competență necesar coordonării activității echipei tehnice desemnate să realizeze proiectul de specialitate respectiv, din cadrul proiectului. Proiectantul de specialitate pentru instalații electrice și gaze trebuie să fie persoana autorizată ANRE (potrivit prevederilor Ordin ANRE nr. 11/2013).

Totodată, același caiet de sarcini stabilește că pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor minime de calificare privind personalul pentru îndeplinirea contractului, operatorii economici vor prezenta următoarele documente:

- copie diploma de studii;
- curriculum vitae (CV) în format EuroPass din care să rezulte experiența profesională/recomandări.

Parcurgând propunerea tehnică pentru serviciile de proiectare a asocierii, se observă că domnul a fost propus pentru poziția

Inginer specialitatea instalații sanitare, termice și ventilații – Coordonator colectiv de proiectare – instalații, fiind depuse la filele 111-127, CV-ul, diploma de licență în domeniul ingineria instalațiilor, specializarea – instalații pentru construcții și recomandările în susținerea în domeniul relevant. Totodată, filele 178-179 ale propunerii tehnice, sunt identificate angajamentul de participare și declarația de disponibilitate a domnului pentru poziția *Inginer proiectant instalații sanitare, termice și ventilații – Șef Proiect Instalații*.

De asemenea, se constată că a fost nominalizat domnul, în calitate de *Inginer Proiectant specialitatea Instalații Electrice, Curenți Slabi, Sisteme de Securitate și a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, Sisteme și instalații de limitare și stingere a incendiilor și a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și a gazelor fierbinți cu excepția celor de tip natural organizat și.....*, în calitate de *Inginer Proiectant sisteme de supraveghere/alarmare împotriva efracției*.

Așadar, domnul....., fiind nominalizat ca specialist în instalații sanitare, termice și ventilații, doar pentru aceste domenii se impunea prezentarea de documente probante.

Fiind reținută prezentarea de documente relevante în susținerea poziției pe care domnul a fost nominalizat și în lipsa unor argumente concrete din partea autoarei contestației, Consiliul va respinge, ca netemeinică, critica astfel formulată.

De altfel, se observă că, prin intermediul notelor scrise, contestatoarea nu a mai dezvoltat critica în analiză.

În ceea ce privește *graficul de elaborare a documentațiilor* de către asocierea câștigătoare, despre care contestatoarea afirmă că a fost întocmit neconform, întrucât toate fazele de proiectare (PAC, PTE și DE) ar fi finalizate în 3 luni de la ordinul de începere, nefiind posibilă demararea procedurii de întocmire a PTE până nu este finalizat PAC și nu sunt obținute avizele, iar faza DE nu poate fi demarată până nu este întocmit PTE, Consiliul are în vedere că la nivelul caietului de sarcini au fost stabilite următoarele:

Durata de realizare a investiției este de 12 luni (**3 luni proiectare** + 9 luni execuție).

....

Prestarea serviciilor de proiectare se va realiza în termen de 3 luni de la emiterea ordinului de începere a prestării serviciilor.

Perioada de timp de la depunerea documentațiilor pentru obținerea avizelor/autorizației până la eliberarea acestora nu face parte din perioada necesară avizării proiectului și obținerii autorizației de construcție. Antreprenorul este obligat să facă dovada depunerii documentațiilor pentru obținerea avizelor/autorizației către Achizitor.

În mod excepțional Achizitorul poate accepta o depășire a termenelor de predare a documentației de Proiectare, dacă este cazul, în următoarele condiții:

i) imposibilitatea obținerii avizelor, permiselor, certificatelor și autorizațiilor de la terți la timp sau deloc, din motive care nu sunt imputabile antreprenorului / proiectantului;

ii) modificări ale legislației în materie tehnică, orice alte prevederi legale incidente, ordine, instrucțiuni, normative, stas-uri, etc.

....

Nr.crt	Denumire activitate critica	Durata
1.	Întocmire si predare documentație de proiectare faza P.A.C. si P.T.E.	3 luni de la emiterea ordinului de incepere a prestării serviciilor de proiectare.
2.	Emiterea ordinului de incepere a lucrărilor	maxim 15 zile dupa aprobarea P.T.E. de către Beneficiar.
3.	Finalizarea lucrărilor de execuție	9 de la emiterea ordinului de incepere a lucrărilor

Așadar, pentru realizarea activității de proiectare, autoritatea a indicat o perioadă de 3 luni de la emiterea ordinului de începere.

Având a verifica propunerea tehnică a asocierii desemnată câștigătoare, Consiliul identifică *graficul de elaborare a documentațiilor* în cuprinsul căruia este indicat termenul de **3 luni** pentru *a) proiect pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC), proiect tehnic (PTE), detalii de execuție (DE), asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor* cu următoarea detaliere:

- elaborare PAC - 3 luni (de la data ordinului de începere);
- elaborare PTE - 3 luni (de la data ordinului de începere);
- elaborare DE - 3 luni (de la data ordinului de începere).

De asemenea, în cadrul aceluiași termen, este menționată și verificarea proiectării (PAC, PT, DDE) pe specialități în termen de 5 zile (ultima săptămână).

Se observă, așadar, că durata solicitată expres în caietul de sarcini pentru prestarea serviciilor de proiectare a fost respectată de către asociere. Ori, acest aspect prezintă relevanță pentru autoritatea contractantă, modul de organizare a activităților care fac obiectul etapelor proiectării fiind în sarcina exclusivă a proiectantului.

În contextul înfățișat, Consiliul nu va reține temeinicia celor criticate.

Relativ la tardivitatea acestui punct al contestației, invocată de societatea intervenientă, nici ea nu poate fi reținută, întrucât nu a reclamat documentația de atribuire, ci modalitatea de întocmire a ofertei asocierii câștigătoare prin prisma rigorilor documentației.

Într-o ultimă critică la adresa ofertei desemnată câștigătoare, ... susține că autoritatea contractantă avea obligația solicitării unor clarificări privind prețul neobișnuit de scăzut, având în vedere că acesta este cu aproximativ 20% mai mic decât valoarea estimată și cu aproximativ 10% mai mic decât media celorlalte oferte depuse în procedură.

Organul administrativ-jurisdicțional observă că achiziția a fost estimată valoric la 7.037.987,88 lei, iar asocierea a propus prețul de 5.688.895,64 lei, reprezentând 80,83% din valoarea estimată.

Legislația pe linie de achiziție publică nu interzice atribuirea contractului de achiziție publică la o valoare de peste 80% din aceea estimată și anunțată de autoritate, cum este prețul câștigătoare. Dimpotrivă, respectiva legislație promovează libera concurență între operatorii economici, ca premisă a cheltuirii cât mai economicoase a fondurilor publice, respectiv a obținerii obiectului supus competiției la costuri cât mai reduse.

Din parcurgerea contestației se reține că autoarea contestației nu a indicat elementele de preț apreciate nesustenabile din cuprinsul ofertei câștigătoare și nu a furnizat Consiliului nicio dovadă concretă vizavi de prețurile de pe piață prin raportare la prețurile din oferta câștigătoare. Practic, din motivarea contestației, relativ la prețul ofertei câștigătoare, reiese că aceasta este construită pe simple afirmații rămase la stadiul declarativ, fără nicio susținere în concret.

De altfel, se observă că, prin intermediul notelor scrise, contestatoarea nu a mai dezvoltat critica în analiză.

În absența oricărui mijloc de probă care să o susțină, este nefondată și această ultimă critică.

Determinând că argumentele contestației nu au forța necesară să infirme evaluarea ofertei realizată de către autoritate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația

Relativ la cererea de intervenție formulată de față de cele stabilite mai sus cu prilejul examinării contestației, Consiliul o apreciază fondată, motiv pentru care o va admite.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, excepția inadmisibilității formulării contestației, invocată de societatea intervenientă.

În baza aceluiași temei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de în calitate de lider al asocierii , în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de, în calitate de lider al și în temeiul art. 67 din același act normativ, o admite.

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

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,