

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. ...

Prin contestația nr. 375/25.10.2024 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .., depusă de ... SRL, cu sediul în localitatea ., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ., având CUI RO ., reprezentată legal prin administrator ., privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări în cadrul proiectului "...", cod CPV 45231221-0 Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev.2), de ...(…), cu sediul în comuna .., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicita:

- admiterea contestației formulate raportat la motivele dezvoltate în cuprinsul contestației,
- anularea în parte a documentației de atribuire cu consecința obligării autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere corespunzătoare, prin eliminarea cerințelor restrictive și discriminatorii, respectiv modificarea lor conform mențiunilor din cadrul contestației și în baza normelor legale sau standardelor aplicabile în domeniu;
- obligarea autorității contractante să publice un anunț de tip erată prin care să aducă la cunoștința operatorilor economici modificările respective;
- obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin Încheierea nr. .., Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii, formulată de ... SRL.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care ... SRL critică unele prevederi ale documentației de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea susține că documentația de atribuire conține criterii și cerințe restrictive și nelegale, care contravin dispozițiilor legale cuprinse în cadrul art. 31 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, face precizarea că cerințele în discuție limitează, fără vreo justificare tehnică sau economică rezonabilă, participarea la procedura în cauză a operatorilor economici interesați.

Contestatoarea menționează că legislația privind achizițiile publice interzice autorităților contractante să introducă în documentația de atribuire cerințe de calificare și selecție nerelevante în raport cu natura și complexitatea contractului în scopul restrângerii artificiale a concurenței prin dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici. În acest sens, invocă dispozițiile art. 49 alin. (1), art. 50 alin. (1) și (2), art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 1 alin. (2) – (4) și art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea susține că cerințele din fișa de date a achiziției, care reprezintă cerințe de calificare/conformitate, sunt excesive și nerelevante în raport cu natura și complexitatea contractului, impunând un obstacol nejustificat față de necesitatea asigurării unei concurențe efective între operatorii economici.

- În acest sens, arată că prin cerința din fișa de date, menționată la capitolul III.1.2) Situația economică și financiară; subcapitol: Disponibilități bănești, se solicită:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a lucrărilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru 6 luni consecutive de derulare a contractului, conform graficului de execuție. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE, vor fi prezentate, la solicitarea AC: doc justificative prin care demonstrează că la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru o perioadă de 6 luni consecutive de derulare a contractului. Documente justificative: Scrisoare din partea băncilor/societăți finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul/candidatul atestă că deține accesul la o finanțare în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru 6 luni consecutive de executare a contractului. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pentru primele 6 luni, ofertantul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni: resurse reale negrevate de datorii care vor fi exclusiv folosite pentru derularea contractului, linii de credit confirmate de bănci, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cashflowul. Disponibilitatea de susținere a contractului, indiferent sub ce formă este dovedită, va trebui să conțină denumirea contractului, suma și perioada solicitată."

În opinia contestatoarei, această capacitate financiară privind cash flowul ar trebui să fie dovedită de către ofertantul clasat pe primul loc după evaluarea tehnică și financiară, și nu la momentul depunerii ofertelor.

Astfel, această dovada a capacității financiare ar trebuie justificată odată cu prezentarea documentelor justificative a declarațiilor din cadrul

formularului DUAЕ, și nu la orice moment al procedurii la solicitarea autorității contractante.

Contestatoarea consideră că impunerea prezentării acestei dovezi în orice moment al procedurii la solicitarea autorității contractante, restricționează concurența, deoarece ofertanții nu cunosc durata procedurii de atribuire, nu cunosc data semnării contractului și sunt în imposibilitatea de a obține documente justificative de la instituțiile financiar bancare.

O eventuală indisponibilizare a acestei valori pe o perioadă încă necunoscută, la care se adaugă durata de implementare a contractului, duce la restricționarea concurenței și împiedicarea operatorilor mici și medii să participe la procedură.

Mai mult, în lipsa unei durate exacte, instituțiile financiar bancare nu emit documente de certificare a asigurării cash flowului, deoarece documentele solicitate expres prin fișa de date a achiziției sunt imposibil de obținut de la instituții financiare fără a cunoaște perioada pentru care se acordă documentul probant, raportat la lipsa unei informații concrete privind data semnării contractului și perioada de utilizare a acestei finanțări.

Astfel, autoarea contestației apreciază că autoritatea contractantă ar trebui să facă distincție între "ofertant" și "ofertant câștigător". Prin urmare solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante de a modifica fișa de date a achiziției la acest capitol. astfel: *Ofertantul desemnat câștigător trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului... [...], pentru a nu conduce la blocarea sumei respective, de către ofertanți, pe o perioadă care nu e necesară, adică de la data depunerii ofertelor până la data semnării contractului, autoritatea contractantă fiind interesată de existența sumei în discuție pe o anumită perioadă, începând cu data semnării contractului (nu înainte).*

- De asemenea, contestatoarea consideră restrictivă, excesivă și nerelevantă, în raport cu natura și complexitatea contractului, și perioada de 6 luni pentru care se solicită cash-flow.

Astfel, petenta apreciază că nu se justifică alegerea perioadei de 6 luni pentru cash-flow (de ce nu 3 sau 5 luni?) raportat la termenul de plată ales conform contractului de lucrări.

Conform documentației de atribuire, contractul se desfășoară pe o durată maximă de 17 luni, iar autoritatea contractantă se obligă să achite contravaloarea lucrărilor/facturilor/situațiilor de lucrări în termen de 30 de zile.

Astfel, într-o succesiune normală a derulării contractului, în maxim 3 luni de la efectuarea cheltuielilor cu lucrările contractantul/executantul încasează contravaloarea lucrărilor.

În mod normal, așa cum de altfel și jurisprudența Consiliului a statuat o perioadă de 3 luni pentru asigurarea cash-flow-ului de către executanții de lucrări este nediscriminatorie și nerrestrictivă.

În consecință, contestatoarea solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante de a modifica cerința din fișa de date, astfel încât cerința specifică de calificare să fie perioada de 3 luni a existenței disponibilității, și nu de 6 luni.

- Totodată, contestatoarea consideră restrictivă, excesivă și nerelevantă, în raport cu natura și complexitatea contractului, și cerința privind valoarea cash-flow de 5.000.000 lei.

Așa cum a arătat anterior, contestatoarea menționează că durata contractului maximă este de 17 luni, iar valoarea estimată este de 13.357.780,25 lei.

În lipsa impunerii unei perioade de execuție minime un operator economic poate ofera o perioadă de execuție maximă de 17 luni.

Astfel, dacă valoarea tuturor lucrărilor trebuie realizată în maxim 17 luni, solicitarea unui cash flow de 5.000.000 lei, pentru 6 luni este restrictivă, deoarece niciun ofertant nu va realiza aproximativ 40 % din lucrări în 1/3 din termenul oferat.

- Contestatoarea consideră restrictivă, excesivă și nerelevantă, în raport cu natura și complexitatea contractului, și cerința din fișa de date a achiziției, de la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, unde se solicită:

"2. OE participanți la procedură trebuie să fie obligatoriu autorizați ANRE

- pentru partea de proiectare - autorizație ANRE pentru proiectarea sistemelor de distribuție a gazelor naturale;

- pentru partea de execuție lucrări - autorizație ANRE în domeniul distribuției de gaze naturale - autorizație EDSB (sau echivalent), conform „Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale și a condițiilor cadru de valabilitate aferente autorizațiilor” nr. 132/2021.

În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței. Această cerință se solicită și eventualilor subcontractanți. În cazul depunerii unei oferte individuale/comune susținută tehnico-profesional de către terț/terți susținători, fiecare susținător are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței.

Conform prevederilor art. 174 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a statuat că autoritatea contractantă nu poate impune ofertanților prezentarea pentru subcontractanți a unor documente - atestate/autorizații privind capacitatea tehnică pentru lucrările care nu sunt executate de aceștia.

Prin cerința din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă solicită unor subcontractori care nu realizează activități autorizate/atestare deținerea unor autorizații/atestare pentru lucrări care nu sunt executate de aceștia.

Astfel, în cadrul unui contract sunt diferite tipuri de lucrări pentru care nu este necesară o astfel de autorizare, cum ar fi: săpături, subtraversări, construcții civile, instalații electrice, aducere teren la cota inițială, etc. Spre exemplu, în cazul în care ofertantul consideră necesar să declare un subcontractant pentru execuția unor lucrări care nu necesită o astfel de autorizare, acesta nu poate fi declarat ca și subcontractant fără a deține o autorizație ANRE.

Mai mult decât atât, urmărind aceeași cerință, în cazul în care asocierea consideră necesar să declare un terț susținător pentru a îndeplini condiția de calificare cifra de afaceri, acesta va trebui să prezinte și autorizația ANRE, deși în cazul de față nu se justifică solicitarea.

În concluzie, în opinia petentei, impunerea prezentării atestatelor/autorizațiilor pentru subcontractanții care nu realizează lucrări ce necesită autorizare/atestare în domeniul obiectului principal la contractului (ANRE - GAZE) reprezintă o cerință nelegală, restrictivă, excesivă și nerelevantă în raport cu natura și complexitatea contractului, sens în care se impune admiterea contestației și obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe.

Prin adresa nr. 6361/31.10.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 70072/31.10.2024, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Cu respectarea prevederilor art. 55 din HG nr. 395/2016, autoritatea arată că au fost publicate un număr de 3 erate la anunțul de atribuire, 2 clarificări din oficiu, Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, precum și contestația primită din partea ... SRL. De asemenea, au fost primite 7 solicitări de clarificări privind documentația, solicitări la care autoritatea contractantă a răspuns prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

Față de solicitările contestatoarei, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

I. Referitor la cerința din fișa de date, Secțiunea III.1.2) Situația economică și financiară -

Disponibilități bănești:

1) Autoritatea contractantă arată că a postat la data de 29.10.2024, Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire nr. DF1229133, prin care s-a revizuit valoarea cash-flow-ului de la 5.000.000,00 lei la 4.714.510,67 lei, astfel:

În loc de: "(...) *cash-flow-ul de execuție a lucrărilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 5.000.000 lei (...)*",

Se solicită: "(...) *cash-flow-ul de execuție a lucrarilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 4.714.510,67 lei (...)*".

Valoarea cash-flow-ului de 4.714.510,67 lei, s-a calculat după Formula de calcul: $Ve \times n / Dc = \text{cash-flow}$:

Ve — valoarea estimată a lucrărilor aferente contractului;

n — perioada pt care se solicită cash flow (6 luni);

Dc — durata de execuție a contractului (17 luni)

$13.357.780,25/17 \text{ luni} * 6 \text{ luni} = 4.714.510,67 \text{ lei}$.

Autoritatea contractantă consideră justificată și legală solicitarea unui cash-flow calculat conform formulei de calcul menționată mai sus, având în vedere impactul major al acestui proiect de investiții pentru comunitatea locală și necesitatea realizării acestuia într-un anumit interval de timp, precizând că sursa de finanțare a acestui proiect este reprezentată de fondurile Anghel Saligny ceea ce implică obligativitatea respectării unei anumite perioade de execuție a proiectului, perioadă ce nu poate fi prelungită, existând riscul de reziliere a contractului de finanțare, în cazul în care ofertantul ar întâmpina blocaje financiare interne cu impact direct asupra ritmului de execuție al lucrărilor.

2) Referitor la modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței privind disponibilitățile bănești:

Având în vedere prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă arată că a postat la data de 29.10.2024, Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentatiei de atribuire nr. DF1229133, prin care a revizuit modalitatea prin care ofertanții vor trebui să demonstreze că vor avea acces la disponibilitățile bănești, astfel:

În loc de: *"(...) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE, vor fi prezentate, la solicitarea AC: (...)*

Se solicită: *"(...) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE, vor fi prezentate, la solicitarea AC, numai de către ofertantul clasat pe locul 1 (...)"*

Prin urmare, acest aspect contestat rămâne fără obiect.

3) Referitor la durata pentru care ofertanții trebuie să demonstreze că vor avea acces la disponibilitățile bănești, autoritatea arată că prin documentația de atribuire se solicită o durată de 6 luni, având în vedere următoarele:

Conform documentației de atribuire, durata contractului va fi de 17 luni, din care, conform graficului de execuție, primele 5 luni sunt estimate pentru servicii de proiectare. Astfel, solicitând disponibilități bănești pentru o perioadă de 6 luni, autoritatea dorește să se asigure că ofertanții vor avea cash-flow-ul necesar pentru începerea lucrărilor.

Solicitarea disponibilităților bănești pentru o perioadă de doar 3 luni, conform cerinței contestatoarei, ar fi în dezavantajul autorității contractante, și implicit a comunității care va fi deservită de noua rețea. Disponibilitățile bănești pentru o perioadă de doar 3 luni ar însemna că ofertantul și-ar demonstra accesul la disponibilități pe care nu le va utiliza în fapt. Sensul cerinței este asigurarea de către ofertant a cash-flow-ului necesar pentru demararea execuției lucrărilor.

Având în vedere complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, precum și amploarea proiectului - fiind vorba de înființarea unei rețele de gaz nouă, deserving o comunitate care nu a avut acces la acest tip de resursă până acum - autoritatea contractantă are datoria de a se asigura că lucrările vor fi executate conform estimărilor, precum și că vor fi executate de ofertanți care pot susține financiar începerea lucrărilor.

De asemenea, achizițioarea amintește faptul că proiectul va fi finanțat prin Programul național de investiții „...”, iar cu respectarea cerințelor ghidului de finanțare, beneficiarul, ...poate utiliza doar mecanismele de decontare prevăzute în ghidul de finanțare și anexele acestuia, prin urmare se impune luarea unor măsuri de protecție, astfel încât să nu fie periclitată începerea execuției lucrărilor, de ofertanți care nu și-ar putea susține financiar demararea unor astfel de lucrări complexe. De asemenea, menționează că sursa de finanțare a fost adusă la cunoștința ofertanților prin documentția de atribuire.

II. Referitor la cerința din fișa de date, Secțiunea III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale - 2. *OE participante la procedura trebuie să fie obligatoriu autorizati ANRE*, autoritatea contractantă precizează că, potrivit prevederilor legale în vigoare, este obligatoriu ca executantul care realizează o rețea de gaz să dețină autorizație de la ANRE. Această autorizație asigură că executantul respectă normele și standardele de siguranță, calitate și eficiență în lucrările de construcție și operare a rețelelor de gaz. Autorizația ANRE este esențială pentru a garanta că toate aspectele legale și tehnice sunt îndeplinite, protejând astfel consumatorii și mediul. De asemenea, cerința se aplică și pentru serviciile de proiectare.

Cerința respectă rigurozitățile legislației în domeniu:

- Legea nr. 123/2012 privind energia electrică și gazele naturale. Această lege stabilește cadrul general pentru reglementarea activităților din domeniul gazelor naturale.
- Normele tehnice de proiectare și execuție a rețelelor de gaze naturale - aceste norme detaliază cerințele specifice pentru proiectare și execuție.

Autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că se respectă legislația în vigoare și are obligația de a se asigura că serviciile de proiectare și execuția lucrărilor se vor realiza de către operatori atestați, conform cerințelor legislației.

Contestatoarea disociază tipurile de lucrări necesare, considerând că anumite lucrări "săpături, subtraversări, construcții civile, instalații electrice, aducere teren la cota inițială etc.", nu ar necesita autorizație ANRE. Din această afirmație se poate deduce că autoarea contestației nu înțelege sensul lucrărilor și scopul acestora. Autoritatea contractantă nu achiziționează lucrări de "săpături, subtraversări, construcții civile, instalații electrice, aducere teren la cota inițială etc.". Autoritatea

contractantă achiziționează lucrări pentru înființare rețea inteligentă de distribuție a gazelor naturale.

Drept urmare, a considera că tipurile de lucrări necesare pentru realizarea unei lucrări de înființare rețea de gaze naturale, deci a considera că ansamblului de lucrări pentru înființarea unei rețele de gaz nu i s-ar aplica legislația în vigoare pentru realizarea unor astfel de lucrări, este o rațiune eronată care contravine prevederilor legislației în vigoare.

Astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, fiecare participant la procedura de atribuire va trebui să dețină atestările necesare pentru executarea lucrărilor pentru înființarea unor rețele de distribuție a gazelor naturale.

Așa cum impune și legislația în vigoare, atât pentru realizarea serviciilor de proiectare a rețelilor de distribuție a gazelor naturale, cât și pentru executarea lucrărilor de execuție pentru înființarea rețelei de distribuție a gazelor naturale, este absolut necesară deținerea tuturor atestatelor impuse prin legislație. Lucrările de execuție pentru înființarea rețelilor de distribuție a gazelor naturale trebuie privite ca un tot unitar, prin raportare la natura lucrărilor - respectiv lucrări pentru rețele de gaze naturale, și nu disociate.

Față de cele menționate anterior, autoritatea contractantă mai face următoarele precizări:

Referitor la susținerile contestatoarei potrivit căroră „(2) Facem precizarea că, în cadrul procedurii de atribuire, Subscrisa intenționăm să depunem o ofertă admisibilă și competitivă, însă Documentația de atribuire conține criterii și cerințe restrictive și nelegale, care contravin dispozițiilor legale cuprinse în cadrul art. 31 din HG nr. 395/2016.”, autoritatea contractantă reține că ofertantul dorește modificarea artificială și nelegală a unor prevederi ale documentației de atribuire, astfel încât să se poată califica fără a deține calificările impuse de lege (ex. Atestate ANRE pentru gaze naturale), fapt care contravine prevederilor legale.

Având în vedere complexitatea lucrărilor care urmează să fie realizate, precum și având în vedere impactul pe care îl va avea înființarea unei rețele de gaz în Comuna Așeu, selectarea unor cerințe care contribuie la obținerea beneficiilor anticipate de autoritatea contractantă, respectiv care contribuie la buna realizare a proiectului pentru înființarea unei rețele de distribuție a gazelor naturale în Comuna Așeu, nu se poate considera o restricționare a operatorilor economici pe considerentul că nu toți operatorii economici vor reuși să se califice, respectiv că nu vor reuși să se califice ofertanții care nu au atestările necesare, sau experiența similară necesare, sau cash-flow-ul pentru demararea lucrărilor etc.

Autoritatea contractantă nu este responsabilă de capacitățile diverșilor operatori economici, respectiv autoritatea contractantă nu are datoria să accepte în cadrul procedurii operatori economici care pot să

realizeze doar "săpături, subtraversări, construcții civile, instalații electrice, aducere teren la cota inițială etc.", fără a avea atestările și calificările necesare impuse de lege pentru realizarea lucrărilor de rețele de gaze naturale.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei potrivit cărora "(5) Legislația privind achizițiile publice interzic Autorităților Contractante să introducă în documentația de atribuire cerințe de calificare și selecție nerelevante în raport cu natura și complexitatea contractului cu scopul restrângerii artificiale a concurenței prin dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici.", autoritatea contractantă reține că ofertantul face trimitere la legislația în vigoare în domeniul achizițiilor, art. 172 alin. (3) din Legea 98/2016. Drept urmare, autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că lucrările vor fi executate de un executant care deține toate atestările necesare conform legislației în vigoare. Așa cum reiese și din cele menționate de contestatoare, autoritatea contractantă trebuie să introducă în documentația de atribuire cerințe de calificare relevante în raport cu natura și complexitatea contractului (ex. atestate privind rețelele de gaze naturale).

Mai mult, autoritatea contractantă are responsabilitatea de a asigura realizarea proiectului în condiții legale, având în vedere complexitatea și impactul proiectului asupra comunității de la nivelul Comunei Auseu. Autoritatea contractantă este responsabilă de siguranța și asigurarea utilităților locuitorilor. Autoritatea contractantă trebuie să dezvolte și să întrețină infrastructura necesară pentru furnizarea utilităților (apă, gaze, energie electrică, canalizare etc.), în condiții legale.

Cu privire la susținerile contestatoarei potrivit cărora "(...) drepturile și interesele legitime ale subscrisei, în calitatea noastră de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire organizată de UAT Comuna Auseu, sunt în mod grav vătămate de cerințele restrictive incluse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire (...)", luând în considerare aspectele pe care operatorul le consideră restrictive, respectiv deținerea atestatelor necesare pentru rețele de gaze naturale conform prevederilor legale și deținerea unui cash-flow pentru demararea contractului, autoritatea contractantă reține că ofertantul se consideră restricționat întrucât nu deține capacitățile necesare pentru realizarea rețelelor de gaze naturale. Având în vedere natura și complexitatea proiectului, autoritatea contractantă precizează că nu poate introduce/elimina cerințe astfel încât să se califice un ofertant care nu deține capacitățile necesare. Prin urmare, consideră că interesele legitime ale oferaților care dețin capacitățile necesare impuse de legislația în vigoare pentru realizarea rețelelor de distribuție a gazelor naturale, nu sunt lezate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 71093/05.11.2024, autoritatea contractantă a transmis strategia de contractare nr. 6026/15.10.2024.

Prin adresa nr. 6497/07.11.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 71927/08.11.2024, autoritatea contractantă a solicitat urgentarea soluționării contestației.

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

...(…) a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări în cadrul proiectului ".",* cod CPV 45231221-0 Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .., data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită pentru 05.11.2024, ora 15⁰⁰. Valoarea estimată a contractului este 13.357.780,25 lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de unele prevederi ale documentației de atribuire, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 35.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC Bank – .., la data de 30.10.2024.

Prin Încheierea nr. .., Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii, formulată de ... SRL.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii deciziei.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modificarea/eliminarea anumitor prevederi/cerințe din conținutul documentelor achiziției, a căror nelegalitate este invocată de ... SRL.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte privind documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la modificarea acesteia, vizavi de două dintre cerințele precizate în fișa de date, respectiv:

- pct. III.1.2) *Situatia economica si financiara; subpct: Disponibilitati banesti;*

- pct. III.1.1.b) *Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, unde se solicita: "2. OE participantii la procedura trebuie sa fie obligatoriu autorizati ANRE.*

Contestatoarea apreciază că cele două cerințe de calificare/conformitate sunt excesive și nerelevante în raport cu natura și complexitatea contractului, și impun un obstacol nejustificat față de necesitatea asigurării unei concurențe efective între operatorii economici.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de societatea contestatoare, Consiliul găsește util expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, menite să înlăesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie astfel cum este descris la pct. II.2.4, respectiv:

Se propune prestarea serviciilor de proiectare: elaborare proiect tehnic + detalii de execuție, documentații necesare pentru obținerea acordurilor, avizelor și autorizațiilor aferente obiectivului de investiții, asistență tehnică din partea proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor, cât și execuția lucrărilor în cadrul proiectului "...".

Valoarea totală estimată a achiziției este de 13.357.780,25 lei fără TVA din care:

Din devizul general depus pentru obținerea finanțării, valoarea estimată a achiziției este constituită din următoarele linii bugetare

(valori fără TVA):

COMPONENTA PROIECTARE

Subcapitolul 3.5: Proiectare

3.5.4 Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor/autorizațiilor: 132.000 lei

3.5.6 Proiect tehnic și detalii de execuție: 488.000 lei

Subcapitolul 3.8: Asistență tehnică

3.8.1 Asistența tehnică din partea proiectantului: 17.500 lei

COMPONENTA EXECUTIE

Capitolul 1: Cheltuieli pentru obținerea și amenajarea terenului: 0,00 lei

Capitolul 2: Cheltuieli pentru asigurarea utilitatilor necesare obiectivului: 0,00 lei

Capitolul 4: Cheltuieli pentru investiția de bază: 12.670.280,25 lei

4.1 Construcții și instalații: 12.365.280,25 lei

4.2 Montaj utilaje, echipamente tehnologice și funcționale: 0,00 lei

4.3 Utilaje, echipamente tehnologice și funcționale care necesită montaj: 305.000,00 lei

4.4 Utilaje, echipamente tehnologice și funcționale care nu necesită montaj: 0,00 lei

Capitolul 5: Organizare de șantier: 50.000 lei

5.1.1 Lucrări de construcții și instalații aferente organizării de șantier: 30.000 lei

5.1.2 Cheltuieli conexe organizării de șantier: 20.000 lei

Capitolul 6: Cheltuieli pentru probe tehnologice: 0,00 lei

6.2 Probe tehnologice și teste: 0,00 lei

La ora actuală, ...nu dispune de rețele de distribuție a gazelor naturale. Locuitorii comunei, societățile comerciale și obiectivele sociale – culturale folosesc combustibil solid pentru încălzire (lemne și carbuni), iar pentru prepararea hranei folosesc gaze lichefiate și lemne. Procurarea și asigurarea stocurilor necesare de combustibil reprezintă o problemă dificilă, având în vedere veniturile modeste ale populației din mediul rural, distanțele mari până la sursele de aprovizionare precum și lipsa unor mijloace adecvate de transport.

...consideră necesară achiziționarea Proiectare, asistența tehnică și execuție lucrări în cadrul proiectului "...". Este necesar și oportun pentru dezvoltarea comunei, prin care se vor asigura condițiile optime de desfășurare a activităților în cadrul obiectivelor social-culturale și în toate gospodăriile comunei. Această investiție va duce la: importantă economisire de combustibili convenționali și o disponibilizare considerabilă de masă lemnoasă și butelii cu gaz lichefiat; creșterea nivelului de trai al populației și asigurarea unui trai decent pentru toți locuitorii comunei; impact pozitiv pentru sănătatea populației; reducerea riscului de poluare cu reziduuri rezultate din arderea materialului lemnos sau a carbunilor, a particulelor în suspensie; asigurarea unei imagini bune a comunei în general, în contextul local și regional și, pe termen lung, posibilitatea atragerii de investitori și, deci, dezvoltarea acesteia; creșterea economiilor în bugetul familiilor.

Obiectivele generale ale proiectului vizează:

- îmbunătățirea condițiilor de viață pentru populație;
- asigurarea accesului la serviciile de bază;
- protejarea mostenirii culturale și naturale din spațiul rural în vederea realizării unei dezvoltări durabile.

Obiectivul specific al proiectului vizează:

- ridicarea nivelului de trai și de civilizație al locuitorilor din Comuna Auseu, județul Bihor

În cuprinsul caietului de sarcini, contextul general privind realizarea proiectului este astfel descris:

Obiectivul de investiții pentru proiectul Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări în cadrul proiectului "Înființare rețea inteligentă de distribuție a gazelor naturale în comuna Auseu, județul Bihor", se încadrează în obiectivele generale ale Programului Național de Investiții Anghel Saligny, contribuind în plus și la realizarea unui obiectiv major al angajamentului Administrației Publice Locale a comunei Auseu, respectiv satisfacerea așteptărilor cetățenilor prin creșterea standardului de viață și a gradului de confort rural.

Proiectul executarea de lucrări de "înființare rețea inteligentă de distribuție a gazelor naturale în comuna Auseu, județul Bihor, județul Bihor" este necesar și oportun pentru dezvoltarea comunei, prin care se vor asigura condițiile optime de desfășurare a activităților în cadrul obiectivelor social-culturale și în toate gospodăriile comunei. Această investiție va duce la: importanța economisire de combustibili convenționali și o disponibilizare considerabilă de masă lemnoasă și butelii cu gaz lichefiat; creșterea nivelului de trai al populației și asigurarea unui trai decent pentru toți locuitorii comunei; impact pozitiv pentru sănătatea populației; reducerea riscului de poluare cu reziduuri rezultate din arderea materialului lemnos sau a cărbunilor, a particulelor în suspensie; asigurarea unei imagini bune a comunei în general, în contextul local și regional și, pe termen lung, posibilitatea atragerii de investitori și, deci, dezvoltarea acesteia; creșterea economiilor în bugetul familiilor.

Ca o chestiune prealabilă, dată fiind natura litigiului, actul atacat și solicitările adresate Consiliului, soluționarea contestației se va raporta la următoarele dispoziții legale privind achizițiile publice:

➤ *din Legea nr. 98/2016:*

- art. 3 alin. (1) lit. z) - **documentația de atribuire** - documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile;

- art. 3 alin. (1) lit. rr) - specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante;

- art. 154 - Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire;

- art. 155 alin. (6) - Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici;

- 156 alin. (2) - cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

➤ *din H.G. nr. 395/2016:*

- art. 20 alin. (1)-(2): Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele:

a) DUAE și instrucțiunile către ofertanți/candidați.

- b) caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare;
- c) proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii;
- d) formulare și modele de documente.

(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

- **art. 29 alin. (1)-(3):** (1) 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.

(2) Criteriile de selecție au ca scop selectarea candidaților cu cea mai mare capacitate economică și financiară, tehnică și/sau profesională dintre operatorii economici care au depus o solicitare de participare în cazul aplicării procedurilor de atribuire ce se desfășoară în mai multe etape.

(3) Selecția candidaților reprezintă un proces distinct care urmează procesului de calificare și care are ca scop doar limitarea numărului de candidați calificați care vor depune oferta în etapa a doua a licitației restrânse sau, după caz, care vor participa la dialog/negocieri. Selecția se realizează prin acordarea pentru fiecare candidat în parte a unui punctaj care trebuie să reflecte capacitatea acestuia de a îndeplini contractul ce urmează să fie atribuit.

- **art. 30 alin. (1)-(6):** (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 criterii 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.

- **art. 31 alin. (1)-(5):** (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.

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a impune ca cerință minimă de calificare, în raport cu situația economică și financiară a ofertanților/candidaților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului.

(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.

(4) În aplicarea art. 201 alin. (1) din Lege, certificarea operatorilor economici, respectiv includerea lor în cadrul unor liste oficiale se realizează pe sectoare de activitate cum ar fi, fără a se limita la, lucrări de construcții civile, drumuri, infrastructură apă uzată.

(5) Metodologia de realizare a certificării prevăzute la alin. (4) se stabilește prin ordin comun emis de instituția ce reglementează domeniul specific de activitate pentru care se elaborează lista oficială de operatori economici agreați, împreună cu ANAP, modul de gestionare al acestor liste urmând a se stabili în condițiile legii.

Astfel, raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul determină că documentația de atribuire trebuie să conțină toate informațiile necesare operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire cu privire la cerințele achiziției și modul de desfășurare a acesteia, iar prevederile documentației de atribuire nu trebuie să restricționeze, în mod nejustificat, participarea operatorilor economici interesați la procedura de atribuire.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere că prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice nu obligă autoritatea contractantă să accepte produse/servicii/lucrări care nu corespund necesităților sale, astfel că acesta nu poate fi sancționată pentru refuzul de a nu aduce modificări cerințelor de calificare/specificațiilor tehnice ori altor prevederi ale documentației, atâta timp cât acestea îi satisfac interesele, achizitoarea fiind singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor.

Așadar, modificarea sau cenzurarea cerințelor de calificare/specificațiilor tehnice ori altor prevederi ale documentației solicitate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date temeiurile de drept citate mai sus (art. 31 alin. (1)-(2) din H.G. nr. 395/2016, art. 155 alin. (6) și art 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016).

În altă ordine de idei, nu există o prevedere legală care să oblige autoritatea să accepte produse/servicii/lucrări care nu corespund necesităților sale care nu corespund necesităților sale, iar Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor de calificare/specificațiilor tehnice ori altor prevederi ale documentației, atâta timp cât acestea îi satisfac interesele. Autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor.

Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2004 din 12 decembrie 2016, a reținut că necesitatea sau oportunitatea unei anumite achiziții este stabilită de fiecare autoritate contractantă, în funcție de necesitățile obiective și particularitățile comunicate de compartimentele din cadrul său. Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității.

Curtea de Apel Alba Iulia în Decizia nr. 511/2022, în dosarul nr. 264/57/2022 a statuat următoarele:

Or, absența unei astfel de obligații este corectă, întrucât **autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică, în parte, și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.**

Fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și liberă competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale.

Așa fiind, în lipsa unor dispoziții legale exprese și imperative, revine autorității contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (în condițiile în care regula este aceea a priorității interesului publice, în dauna celui privat, al operatorilor economici) modalitatea de atingere a acestora - ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentației și a întregii proceduri de atribuire precum și respectarea legislației în materia achizițiilor publice.

și Curtea de Apel Oradea în cuprinsul Hotărârii nr. 282/15.04.2022 a reținut următoarele considerente:

"Cum autoritatea contractantă își cunoaște cel mai bine nevoile iar principiul libertății contractuale implică cerința ca acesteia să nu îi fie impusă încheierea unui contract în alte condiții sau cu privire la alte produse decât are nevoie, Curtea constată că nu se impune modificarea documentației de atribuire în sensul de a solicita ca produsul achiziționat să poată îndeplini și funcția de curățare, atât timp cât autoritatea contractantă își dorește un astfel de produs.

(...)

Sub acest aspect, așa cum s-a arătat anterior, Curtea are în vedere faptul că autoritatea contractantă își cunoaște cel mai bine nevoile, neputând fi obligată să solicite un produs care nu îi satisface nevoile pentru care dorește să îl folosească".

Așa cum a fost anterior reținut, din economia celor redacte rezultă că regula o reprezintă situația în care necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse/servicii/lucrări la un anumit nivel de performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte.

Singura limitare a acestui drept al autorității contractante este determinată de introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, în sfera unei astfel de posibilități aflându-se și situația impunerii de către autoritate a unor specificații și cerințe de calificare care nu au legătură cu nevoia sa de achiziție.

În consecință, pentru a cenzura cerințele de calificare stabilite de autoritatea contractantă, așa cum solicită petenta în prezenta cauză, este necesară stabilirea existenței, prin ele, a unor condiții restrictive, nejustificate și nelegale ce pot împiedica o concurență efectivă între operatorii economici, precum și a existenței unor cerințe de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

Prin urmare, contestatoarea, în susținerea demersului său la Consiliu, are obligația de a proba caracterul restrictiv al cerințelor criticate, prin prezentarea unor mijloace de probă pertinente și concludente, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 din Codul de procedură civilă, potrivit cărora „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Acestei obligații a contestatoarei, de a face proba afirmațiilor sale, îi corespunde obligația autorității contractante de a proba și justifica oportunitatea conținutului documentației de atribuire, astfel că în verificările sale Consiliul va avea în vedere și art. 154 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”, întrucât documentația de atribuire trebuie să conțină toate informațiile necesare operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire cu privire la cerințele achiziției și modul de desfășurare a acesteia.

Nu în ultimul rând, trebuie subliniat că drepturile autorităților contractante la care s-a făcut referire mai sus trebuie exercitate cu bună credință, iar nu cu scopul de a limita sau restricționa accesul la procedură, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

În consecință, în evaluarea temeiniciei cererilor adresate Consiliului, acesta va avea în vedere faptul că solicitările trebuie justificate și probate obiectiv, cu dovada fermă a *caracterului restrictiv*, simpla pretindere a necesității modificării lor și simpla afirmație că restricționează concurența, că sunt excesive, discriminatorii și nerelevante în raport cu natura și complexitatea contractului, nefiind suficiente pentru a determina nelegalitatea actului atacat. În egală măsură, în stabilirea legalității actului atacat al autorității contractante va fi avută în vedere și proba pe care achizițoarea o realizează cu privire la legătura obiectivă de cauzalitate și dependența dintre cerința criticată și nevoia sa de achiziție.

Trecând la analiza celor reclamate, se are în vedere faptul că o primă critică formulată vizează cerința din fișa de date, menționată la pct.III.1.2) *Situatia economica si financiara*, subpct.: *Disponibilitati banesti*, al cărui conținut este următorul:

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de executie a lucrarilor si prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru 6 luni consecutive de derulare a contractului, conform graficului de executie.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

Pentru îndeplinirea cerinței, operatorii economici participanți vor completa DUAЕ cu informațiile aferente situației acestora.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE, vor fi prezentate, la solicitarea AC: doc justificative prin care demonstrează că la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru o perioadă de 6 luni consecutive de derulare a contractului.

Documente justificative: Scrisoare din partea băncilor/societăți finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul/candidatul atestă că deține accesul la o finanțare în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru 6 luni consecutive de executare a contractului. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pentru primele 6 luni, ofertantul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni: resurse reale negrevate de datorii care vor fi exclusiv folosite pentru derularea contractului, linii de credit confirmate de bănci, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cashflowul.

Disponibilitatea de susținere a contractului, indiferent sub ce formă este dovedită, va trebui să conțină denumirea contractului, suma și perioada solicitată.

Contestatoarea reclamă cerința redată vizavi de trei aspecte:

- această capacitate financiară privind cash-flowul, ar trebui să fie dovedită de către ofertantul clasat pe primul loc după evaluarea tehnică și financiară, și nu la momentul depunerii ofertelor;

- perioada de 6 luni pentru care se solicită cash-flow este restrictivă și excesivă și totodată nerelevantă în raport cu natura și complexitatea contractului;

- cerința privind valoarea cash-flow de 5.000.000 lei este restrictivă și excesivă și totodată nerelevantă în raport cu natura și complexitatea contractului.

Se rețin și precizările achizitoarei, în replică la cele reclamate, respectiv la data de 29.10.2024 a postat, *Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire nr. DF1229133*, potrivit căreia a revizuit modalitatea prin care ofertanții vor trebui să demonstreze că vor avea acces la disponibilitățile bănești, astfel:

4 SOLICITARE DE CLARIFICARI NR. 7

Referitor la solicitarea dumneavoastră de clarificări postată în SEAP în data de 25.10.2024 ora 13:10, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 6241 din 28.10.2024, cu privire la procedura de atribuire având ca obiect Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări în cadrul proiectului "Înființare rețea inteligentă de distribuție a gazelor naturale în comuna Auseu, județul Bihor", anunț de participare simplificat numărul SCN1154719/18.10.2024, vă comunicăm următoarele:

Întrebare nr. 1

Solicitare de CLARIFICARE

1. În Fisa de date a Achiziției, la capitolul III.1.2) **Situația economică și financiară**; subcapitol: **Disponibilități bănești**, se solicită:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow ul de execuție a lucrărilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru 6 luni consecutive de derulare a contractului, conform graficului de execuție. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE, vor fi prezentate, la solicitarea AC: doc justificative prin care demonstrează că la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru o perioadă de 6 luni consecutive de derulare a contractului. Documente justificative: Scrisoare din partea băncilor/societăți finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul/candidatul atestă că deține accesul la o finanțare în valoare de cel puțin 5.000.000 lei, pentru 6 luni consecutive de executare a contractului. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare

necesare derulării contractului pentru primele 6 luni, ofertantul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni resurse reale negrevate de datorii care vor fi exclusiv folosite pentru derularea contractului, linii de credit confirmate de bănci, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cashflowul. Disponibilitatea de susținere a contractului, indiferent sub ce formă este dovedită, va trebui să conțină denumirea contractului, suma și perioada solicitată."

Aceasta nu ar trebui să reprezinte o cerință impusă tuturor participanților ci o condiție ce ar trebui respectată numai de către ofertantul desemnat câștigător.

Solicităm să se modifice Fișa de date a achiziției la acest capitol astfel: Ofertantul desemnat câștigător trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului... [...], pentru a nu conduce la blocarea sumei respective, de către ofertanți, pe o perioadă care nu e necesară, adică de la data depunerii ofertelor până la data semnării contractului, autoritatea contractantă fiind interesată de existența sumei în discuție pe o anumită perioadă, începând cu data semnării contractului (nu înainte).

În acest sens anexăm o decizie CNSC având ca obiect un caz similar (Anexa 1).

Răspuns:

A se vedea Clarificarea din oficiu Erata automata nr. DF1229133.

întrebare nr. 2

2. În ce privește perioada de 6 luni consecutive pentru care se solicită cash-flow - considerăm că durata pentru care se impune indisponibilizarea sumelor (6 luni) prin fișa de date a achiziției este excesivă și solicităm să se modifice astfel: "[...] pentru 3 luni consecutive ,...,[...] pentru asigurarea cash-flow -ului de către executanții de lucrări (opinie confirmată și de CNSC într-o serie de contestații admise pe această temă, în urma cărora perioadele impuse de către anumite autorități contractante au fost diminuate la termene rezonabile) - anexăm una dintre aceste decizii CNSC (Anexa 1).

Implicit, solicităm revizuirea cuantumului de cash-flow care, utilizând formula așa cum este ea stipulată în Ordinul nr 509/202011: "Suma solicitată, pentru a nu fi considerată restrictivă, se va calcula după formula:

(valoare estimată contract/perioada derulare contract) X perioada solicitată de autoritatea contractantă - S S = suma sau plafonul maximă/maxim impusă/impus): $13.357.780,25/17 \times 3 = 2.357.255,31$ lei, fără TVA.

Răspuns:

A se vedea Clarificarea din oficiu Erata automata nr. DF1229133.

Potrivit Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din 29.10.2024 autoritatea contractantă a furnizat următoarele:

Descriere modalitate de îndeplinire la "III.1.2) Situația economică și financiară"

Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a lucrărilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 4.714.510,67 lei, pentru 6 luni consecutive de derulare a contractului, conform graficului de execuție.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: Pentru îndeplinirea cerinței, operatorii economici participanți vor completa DUAЕ cu informațiile aferente situației acestora. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAЕ, vor fi prezentate, la solicitarea AC, numai de către ofertantul clasat pe locul 1 : doc justificative prin care demonstrează că la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii în valoare de cel puțin 4.714.510,67 lei, pentru o perioadă de 6 luni consecutive de derulare a contractului.

Documente justificative: Scrisoare din partea băncilor/ societăți finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul/candidatul atestă că deține accesul la o finanțare în valoare de cel puțin 4.714.510,67 lei, pentru 6 luni consecutive de execuție a contractului. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pentru primele 6 luni, ofertantul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni: resurse reale negrevate de datorii care vor fi exclusiv folosite pentru derularea contractului, linii de credit confirmate de bănci, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flowul.

Disponibilitatea de susținere a contractului, indiferent sub ce formă este dovedită, va trebui să conțină denumirea contractului, suma și perioada solicitată.

Așadar, Consiliul constată că autoritatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 9 din Legea nr. 101/2016:

"Art. 9. - (1) După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP."

Cu ocazia formulării punctului de vedere formulat, achizitoarea a argumentat măsurile de remediere adoptate, astfel:

1) Autoritatea contractantă a postat la data de 29.10.2024, Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire nr. DF1229133, prin care s-a revizuit valoarea cash-flow-ului de la 5.000.000,00 lei la 4.714.510,67 lei, astfel:

În loc de: "(...) cash-flow-ul de execuție a lucrărilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 5.000.000 lei (...)",

Se solicita: "(...) cash-flow-ul de execuție a lucrărilor și prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 4.714.510,67 lei (...)"

Valoarea cash-flow-ului de 4.714.510,67 lei, s-a calculat după Formula de calcul: $Ve \times n / Dc = \text{cash-flow}$:

Ve — valoarea estimată a lucrărilor aferente contractului; n — perioada pt care se solicita cash flow (6 luni); Dc — durata de execuție a contractului (17 luni) $13.357.780,25 / 17 \text{ luni} \times 6 \text{ luni} = 4.714.510,67 \text{ lei}$

Autoritatea contractantă consideră justificată și legală solicitarea unui cash-flow calculat conform formulei de calcul menționată mai sus, având în vedere impactul major al acestui proiect de investiții pentru comunitatea locală și necesitatea realizării acestuia într-un anumit interval de timp, precizând că sursa de finanțare a acestui proiect este reprezentată de fondurile Anghel Saligny ceea ce implică obligativitatea respectării unei anumite perioade de execuție a proiectului, perioadă ce nu poate fi prelungită, existând riscul de reziliere a contractului de finanțare, în cazul în care ofertantul ar întâmpina blocaje financiare interne cu impact direct asupra ritmului de execuție al lucrărilor.

2) Referitor la modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței privind disponibilitățile bănești:

Având în vedere prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a postat la data de 29.10.2024, Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire nr. DF1229133, prin care a revizuit modalitatea prin care ofertanții vor trebui să demonstreze că vor avea acces la disponibilitățile bănești, astfel:

În loc de: "(...) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAЕ, vor fi prezentate, la solicitarea AC: (...)"

Se solicita: "(...) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAЕ, vor fi prezentate, la solicitarea AC, numai de către ofertantul clasat pe locul 1 (...)"

Prin urmare, acest aspect contestat rămâne fără obiect.

3) Referitor la durata pentru care ofertanții trebuie să demonstreze că vor avea acces la disponibilitățile bănești, prin documentația de atribuire se solicită o durată de 6 luni, având în vedere următoarele:

Conform documentației de atribuire, durata contractului va fi de 17 luni, din care, conform graficului de execuție, primele 5 luni sunt estimate pentru servicii de proiectare. Astfel, solicitând disponibilități bănești pentru o perioadă de 6 luni, autoritatea dorește să se asigure că ofertanții vor avea cash-flow-ul necesar pentru începerea lucrărilor.

Solicitarea disponibilităților bănești pentru o perioadă de doar 3 luni, conform cerinței contestatorului, ar fi în dezavantajul autorității contractante, și implicit a comunității care va fi deservită de noua rețea. Disponibilitățile bănești pentru o perioadă de doar 3 luni ar însemna că ofertantul și-ar demonstra accesul la disponibilități pe care nu le va utiliza în fapt. Sensul

cerinței este asigurarea de către ofertant a cash-flow-ului necesar pentru demararea execuției lucrărilor.

Având în vedere complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, precum și amploarea proiectului - fiind vorba de înființarea unei rețele de gaz nouă, deserving o comunitate care nu a avut acces la acest tip de resursă până acum - autoritatea contractantă are datoria de a se asigura că lucrările vor fi executate conform estimărilor, precum și că vor fi executate de ofertanți care pot susține financiar începerea lucrărilor.

De asemenea, amintim faptul că proiectul va fi finanțat prin Programul național de investiții „Anghel Saligny”, iar cu respectarea cerintelor ghidului de finanțare, beneficiarul, ...poate utiliza doar mecanismele de decontare prevazute in ghidul de finanțare si anexele acestuia, prin urmare se impune luarea unor măsuri de protecție, astfel încât să nu fie periclitată începerea execuției lucrărilor, de ofertanți care și-ar putea susține financiar demararea unor astfel de lucrări complexe.

Menționăm că sursa de finanțare a fost adusă la cunoștința ofertanților prin documentția de atribuire.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul are în vedere faptul că achizitoarea a achiesat la solicitarea ... SRL vizavi de primul aspect referitor la modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței privind disponibilitățile bănești:

Așa cum a argumentat și contestatoarea trebuie făcută distincția între *"ofertant"* și *"ofertant câștigător"*, prin urmare se impune modificarea astfel: Ofertantul desemnat câștigător trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului... [...], pentru a nu conduce la blocarea sumei respective, de către ofertanți, pe o perioadă care nu e necesară, adică de la data depunerii ofertelor până la data semnării contractului, autoritatea contractantă fiind interesată de existența sumei în discuție pe o anumita perioada, începând cu data semnării contractului (nu înainte).

Consiliul constată că măsura de remediere dispusă este în direcția solicitată de contestatoare, astfel că respectiva solicitare este rămasă fără obiect.

În ceea ce privește celelalte două aspecte, achizitoarea nu a adoptat măsuri de remediere precizând raționamentul care ca stat la baza stabilirii aspectelor reclamate.

Sunt relevante în soluționare următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

Art. 175. - (1) **Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.**

(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent;

b) anumite niveluri ale altor indicatori economico-financiarți relevanți, precum nivelul de lichiditate anuală;

c) un nivel corespunzător al asigurării de risc profesional.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2) lit. a), cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici poate depăși limita prevăzută la alin. (2) lit. a) în cazuri temeinic justificate, precum cele legate de existența unor riscuri speciale aferente naturii

lucrărilor, serviciilor sau produselor care fac obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(4) În cazul prevăzut la alin. (3), autoritatea contractantă indică în documentele achiziției principalele motive care justifică o astfel de cerință

Din economia dispozițiilor legale celor anterior redată se desprinde că intenția legiuitorului a fost respectarea de către autoritățile contractante, prin modul de elaborare al documentațiilor de atribuire a principiilor care guvernează domeniul achizițiilor publice, respectiv: principiul "nediscriminării", al "tratamentului egal" și al "proporționalității".

Indiscutabil, la orice procedură de atribuire, stabilirea cerințelor de calificare și selecție constituie un mijloc de prevenire a riscurilor la care este supusă autoritatea contractantă în raport cu operatorii economici în derularea contractelor de achiziție publică. Autoritatea are dreptul de a impune cerințe minime de calificare care *au o legătură concretă* – deci nu ipotetică, abstractă – cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului (la art. 29 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 se dispune: (1) 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).

Contestatoarea solicită modificarea cerinței din fișa de date a existenței disponibilității pentru o perioadă de 3 luni, și nu de 6 luni.

Achizitoarea a argumentat rațiunea stabilirii celor 6 luni, astfel:

Conform documentației de atribuire, durata contractului va fi de 17 luni, din care, conform graficului de execuție, primele 5 luni sunt estimate pentru servicii de proiectare. Astfel, solicitând disponibilități bănești pentru o perioadă de 6 luni, autoritatea dorește să se asigure că ofertanții vor avea cash-flow-ul necesar pentru începerea lucrărilor.

Solicitarea disponibilităților bănești pentru o perioadă de doar 3 luni, conform cerinței contestatorului, ar fi în dezavantajul autorității contractante, și implicit a comunității care va fi deservită de noua rețea. Disponibilitățile bănești pentru o perioadă de doar 3 luni ar însemna că ofertantul și-ar demonstra accesul la disponibilități pe care nu le va utiliza în fapt. Sensul cerinței este asigurarea de către ofertant a cash-flow-ului necesar pentru demararea execuției lucrărilor.

Scopul pentru care achizitoarea a solicitat disponibilități bănești pentru o perioadă de 6 luni, a fost în vederea asigurării că ofertanții vor avea cash-flow-ul necesar pentru începerea lucrărilor, cu alte cuvinte scopul este acela de a asigura autoritatea contractantă de capacitatea ofertanților de a executa lucrările în termenul asumat și implicit finalizarea obiectivului de investiții conform termenelor din contractul de finanțare, încheiat de comuna ...(...) prin Programul național de investiții „...".

Având în vedere complexitatea prezentei proceduri și faptul că finanțarea proiectului va fi asigurată din fonduri Anghel Saligny și din bugetul local al Comunei Auseu, accentul trebuie pus este pe potențialul și capacitatea necesare de a îndeplini contractul, respectiv operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară derulării contractului pentru primele 6 luni pentru a executa contractul

de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

Raționamentul achizitoarei, care a stat la baza stabilirii termenului de 6 luni solicitat, potrivit căruia *solicitarea disponibilităților bănești pentru o perioadă de doar 3 luni, conform cerinței contestatoarei, ar fi în dezavantajul autorității contractante, și implicit a comunității care va fi deservită de noua rețea. Disponibilitățile bănești pentru o perioadă de doar 3 luni ar însemna că ofertantul și-ar demonstra accesul la disponibilități pe care nu le va utiliza în fapt. Sensul cerinței este asigurarea de către ofertant a cash-flow-ului necesar pentru demararea execuției lucrărilor* este judicios și va fi reținut de Consiliu în soluționare.

Aceeași concluzie de netemeinicia va fi reținută de Consiliu și vizavi de cel de-al treilea aspect reclamat, cel referitor la cuantumul stabilit pentru disponibilitățile bănești solicitate.

Argumentele aduse de contestatoare în favoarea restrictivității cuantumului stabilit se bazează pe următoarele aspecte:

- *durata contractului maximă este de 17 luni, iar valoarea estimate este de 13.357.780,25 lei;*

- *daca valoarea tuturor lucrărilor trebuie realizată în maxim 17 luni, solicitarea unui cash flow de 5.000.000 lei, pentru 6 luni este restrictiva, deoarece nici un ofertant nu va realiza aproximativ 40 % din lucrări în 1/3 din termenul ofertat.*

Se vor reține și argumentele aduse de autoritatea contractantă în replică la cele reclamate respectiv:

Valoarea cash-flow-ului de 4.714.510,67 lei, s-a calculat după Formula de calcul: $Ve \times n/Dc = \text{cash-flow}$:

Ve — valoarea estimată a lucrărilor aferente contractului; n — perioada pt care se solicita cash flow (6 luni); Dc — durata de execuție a contractului (17 luni) $13.357.780,25/17 \text{ luni} \times 6 \text{ luni} = 4.714.510,67 \text{ lei}$

Autoritatea contractantă consideră justificată și legală solicitarea unui cash-flow calculat conform formulei de calcul menționată mai sus, **având în vedere impactul major al acestui proiect de investiții pentru comunitatea locală și necesitatea realizării acestuia într-un anumit interval de timp, precizând că sursa de finanțare a acestui proiect este reprezentată de fondurile ... ceea ce implică obligativitatea respectării unei anumite perioade de execuție a proiectului**, perioadă ce nu poate fi prelungită, existând riscul de reziliere a contractului de finanțare, în cazul în care ofertantul ar întâmpina blocaje financiare interne cu impact direct asupra ritmului de execuție al lucrărilor.

Consiliul achiesează la argumentele achizitoarei, în stabilirea acestei finalități se are în vedere că autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică, în parte, și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

Pe de altă parte, nu trebuie scăpat din vedere că exprimarea utilizată de autoritate este Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a lucrărilor si prestare a serviciilor în valoare de cel puțin 4.714.510,67 lei, pentru

6 luni consecutive de derulare a contractului, conform graficului de executie din care reiese limpede că autoritatea nu solicită ofertanților să blocheze la momentul semnării contractului această sumă, cerința fiind ca ei să demonstreze că vor dispune de mijloace financiare eşalonate pe durata celor 6 luni.

La momentul semnării contractului trebuie prezentată dovada accesului la suma impusă pentru o perioadă de 6 luni consecutive de derulare a contractului.

Aşadar revine autorităţii contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (în condiţiile în care regula este aceea a priorităţii interesului public, în dauna celui privat, al operatorilor economici) şi modalitatea de atingere a acestora - ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentaţiei şi a întregii proceduri de atribuire precum şi respectarea legislaţiei în materia achiziţiilor publice.

Aşa cum au statuat instanţele de judecată este de subliniat faptul că agenţii economici sunt cei care trebuie să se adapteze solicitărilor autorităţilor, şi nu invers:

Decizia nr. 25/2019 pronunţată de Curtea de Apel Bucureşti în dosarul nr. 476/2/2019)

"(..) Este de subliniat faptul că agenţii economici sunt cei care trebuie să se adapteze solicitărilor autorităţilor, şi nu invers.

Dacă este adevărat că legea este restrictivă în ceea ce priveşte dreptul autorităţilor de a face atribuiri fără lotizare sau cu o lotizare care să ducă la îngrădirea concurenţei (prin includerea unor condiţii restrictive care să creeze vocaţie exclusivă unui anumit ofertant), trebuie observat, totuşi, că **nicio dispoziţie legală sau principiu general nu conduce la ideea că autoritatea contractantă ar trebui să-şi întocmească documentaţia de atribuire după criterii care să pună interesele potenţialilor ofertanţi înaintea interesului său de atingere a interesului public urmărit (...).**

Consiliul are în vedere faptul că prezentul contract de achiziţie ce se doreşte a fi încheiat este un contract administrativ şi nu comercial, contractul de achiziţie publică fiind definit la art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016 (contract de achiziţie publică - contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulţi operatori economici şi una ori mai multe autorităţi contractante, care are ca obiect execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii).

În acest context, având în vedere că prin contractul administrativ administraţia publică, respectiv autoritatea contractantă, organism de drept public îşi realizează o parte din sarcinile sale, se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Consiliul are în vedere că într-un mod general, scopul contractelor, actelor administrative este de a asigura funcţionarea serviciilor publice şi de a da astfel satisfacţie intereselor generale.

Prerogativele de drept public la îndemâna administraţiei constau, în fapt, că administraţia încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce o pune în situaţie privilegiată. Voinţa administraţiei ca parte contractantă este subordonată realizării interesului general.

Așa cum a fost anterior reținut, în evaluarea temeiniciei cererilor adresate Consiliul va avea în vedere faptul că solicitările trebuie justificate și probate obiectiv, cu dovada fermă a *caracterului restrictiv*, simpla pretindere a necesității modificării lor și simpla afirmație că restricționează concurența, că sunt excesive, discriminatorii și nerelevante în raport cu natura și complexitatea contractului, nefiind suficiente pentru a determina nelegalitatea actului atacat. În egală măsură, în stabilirea legalității actului atacat al autorității contractante va fi avută în vedere și proba pe care achizitoarea o realizează cu privire la legătura obiectivă de cauzalitate și dependența dintre cerința criticată și nevoia sa de achiziție. În speță autoritatea contractantă a justificat rațiunea care a stat la baza alegerii cerinței de calificarea reclamate.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebările. Opțiunea modificării anumitor cerințe/caracteristici impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări prevederilor documentației de atribuire. Obligația legală a autorității contractante este de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitările de clarificări și de a adopta măsuri de remediere în cazul depunerii unei contestații, obligații care au fost respectate de aceasta așa cum a fost mai sus reținut, chiar dacă răspunsul/măsura de remediere nu a fost în direcția așteptată de societatea contestatoare.

În raport de cele anterior reținute, Consiliul determină că cerința privind disponibilitățile bănești, sub aspectul termenului și a valorii se înscrie în dispozițiile legale incidente, fiind necesară și adecvată pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

Cel de-al doilea aspect reclamat vizează pretinsa nelegalitate a cerinței de la pct. III.1.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, unde se solicita: "*2. OE participantii la procedura trebuie să fie obligatoriu autorizați ANRE.*"

Astfel sunt avute în vedere pe de o parte aspecte legate de netemeinicia stabilirii cerinței, și pe de altă parte aspecte legate de întinderea/înțelesul cerinței asupra subcontractanților/terților participanți la procedura de atribuire.

Cerința reclamată se regăsește la nivelul fișei de date, fiind astfel formulată:

2. OE participantii la procedura trebuie să fie obligatoriu autorizați ANRE:

- pentru partea de proiectare – autorizatie ANRE pentru proiectarea sistemelor de distribuție a gazelor naturale;
- pentru partea de execuție lucrări – autorizatie ANRE în domeniul distribuției de gaze naturale - autorizatie EDSB (sau echivalent), conform „Regulamentului pentru autorizarea

operatorilor economici care desfasoara activitati in domeniul gazelor naturale si a conditiilor cadru de valabilitate aferente autorizatiilor" nr. 132/2021.

In cazul depunerii unei oferte in asociere, fiecare asociat are obligatia de a demonstra indeplinirea cerintei. **Aceasta cerinta se solicita si eventualilor subcontractanti.** In cazul depunerii unei oferte individuale/comune sustinuta tehnico-profesional de catre tert/terti sustinatori, fiecare sustinator are obligatia de a demonstra indeplinirea cerintei.

Mod.prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

- se va completa DUAE de către OE participanți la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială cu informațiile solicitate de către AC – informații referitoare la îndeplinirea cerințelor privind capacitatea de exercitare a activității profesionale - pentru partea de proiectare – autorizatie ANRE pentru proiectarea sistemelor de distributie a gazelor naturale;- pentru partea de executie lucrari – autorizatie ANRE in domeniul distributiei de gaze naturale - autorizatie EDSB (sau echivalent),.

Doc.justificativ care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, respectiv - pentru partea de proiectare – autorizatie ANRE pentru proiectarea sistemelor de distributie a gazelor naturale;- pentru partea de executie lucrari – autorizatie ANRE in domeniul distributiei de gaze naturale - autorizatie EDSB (sau echivalent), conform „Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfasoara activitati in domeniul gazelor naturale si a conditiilor cadru de valabilitate aferente autorizatiilor” nr. 132/2021, sau în cazul ofertanților persoane juridice/fizice străine, doc.echivalente emise în țara de rezidență, traduse în lb.română, urmează să fie prezentate, la solicitarea AC, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Se are în vedere faptul că potrivit *Clarificării generata automat ca urmare a modificărilor aduse documentatiei de atribuire* din 29.10.2024 autoritatea contractantă a furnizat următoarele:

3. In Fisa de date a Achiziție, la capitolul IM 1.1.b) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, se solicita:

"2, OE participantii la procedura trebuie să fie obligatoriu autorizati ANRE

- pentru partea de proiectare - autorizatie ANRE pentru proiectarea sistemelor de distributie a gazelor naturale;

- pentru partea de execuție lucrări - autorizatie ANRE in domeniul distribuției de gaze naturale autorizatie EDSB (sau echivalent), conform „Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfasoara activitati in domeniul gazelor naturale si a condițiilor cadru de valabilitate aferente autorizațiilor" nr 132/2021.

In cazul depunerii unei oferte in asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței.

Aceasta cerința se solicita si eventualilor subcontractanti. In cazul depunerii unei oferte individuale/comune sustinuta tehnico-profesional de către tert/terti sustinator!, fiecare sustinator are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței.

In cadrul unui astfel de contract sunt diferite tipuri de lucrări pentru care nu este necesara o astfel de autorizare, cum ar fi: săpături, subtraversari, constructii civile, instalatii electrice, aducere teren la cota inițiala, etc. Spre exemplu, in cazul in care Ofertantul considera necesar sa declare un subcontractant pentru executia unor lucrări care nu necesita o astfel de autorizare, acesta nu poate fi declarat ca si subcontractant daca nu deține o autorizație ANRF (gaze) ? Sau, in cazul in care asocierea considera necesar sa declare un Lei I sustinator pentru a îndeplini condiția de calificare CIFRA DE AFACERI, acesta va trebui sa prezinte si autorizatia ANRE desi in cazul de fata nu se justifica solicitarea?

Potrivit Ordinului nr. S09/202011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție Art. 7. — (1) "în cazul în care se impune, la criteriul de calificare „capacitatea de exercitare a activității profesionale", autorizarea Autorității Feroviare Române (AFER), Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE), Inspecției de Stat pentru Controlul Cazonelor, Recipientelor sub Presiune și Instalațiilor de Ridicat (ISCIR) etc. pentru entități juridice, în cazul unui grup de operatori economici care depun ofertă comuna, cerința este considerată îndeplinită daca unul dintre asociați — respectiv subcontractantul, daca este cazul — deține autorizarea solicitată și numai cu condiția ca acesta sa execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă,"

Astfel, consideram ca solicitarea dumneavoastra din documentația de atribuire este RESTRICTIVA SI DISCRIMINATORIE si solicitam sa o modificați astfel incat doar asociații sa fie obligați sa indeplineasca o astfel de condiție sau doar subcontractantul care executa acele lucrări specifice pentru care este Justificata cerința.

Răspuns:

Se vor respecta cerințele documentației de atribuire.

Sunt incidente în speță următoarele dispoziții legale:

➤ *Legea nr. 98/2016:*

- Art. 172. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile 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.

(4) **Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.**

(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.

Art. 51. - (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă."

Din economia dispozițiilor legale invocate, Consiliul determină că cerința reclamată se consideră îndeplinită în cazul ofertanților ce participă la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dețin autorizațiile solicitate, iar în cazul în care ofertantul subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, **cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.**

Se rețin considerentele achizitoarei din cadrul punctului de vedere formulat aduse în favoarea impunerii cerinței deținerii autorizațiilor ANRE, respectiv:

Conform prevederilor legale în vigoare, este obligatoriu ca executantul care realizează o rețea de gaz să dețină autorizație de la ANRE. Această autorizație asigură că executantul respectă normele și standardele de siguranță, calitate și eficiență în lucrările de construcție și operare a rețelelor de gaz. Autorizația ANRE este esențială pentru a garanta că toate aspectele legale și tehnice sunt îndeplinite, protejând astfel consumatorii și mediul. De asemenea, cerința se aplică și pentru serviciile de proiectare.

Cerința respectă rigurozitățile legislației în domeniu:

- Legea nr. 123/2012 privind energia electrică și gazele naturale. Această lege stabilește cadrul general pentru reglementarea activităților din domeniul gazelor naturale.

- Normele tehnice de proiectare și execuție a rețelelor de gaze naturale - aceste norme detaliază cerințele specifice pentru proiectare și execuție.

Autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că se respectă legislația în vigoare, și are obligația de a se asigura ca serviciile de proiectare și execuția lucrărilor se va realiza de către operatori atestați, conform cerințelor legislației.

Contestatorul disociază tipurile de lucrări necesare, considerând că anumite lucrări "sapaturi, subtraversari, constructii civile, instalatii electrice, aducere teren la cota initiala etc.", nu ar necesita autorizație ANRE. Din aceasta afirmație se poate deduce că, contestatorul nu înțelege sensul lucrărilor și scopul acestora. Autoritatea contractanta NU achiziționează lucrări de "sapaturi, subtraversari, constructii civile, instalatii electrice, aducere teren la cota initiala etc.", Autoritatea contractantă achiziționează lucrări pentru INFIINTARE RETEA INTELIGENTA DE DISTRIBUTIE A GAZELOR NATURALE.

Drept urmare, a considera că tipurile de lucrări necesare pentru realizarea unei lucrări de INFIINTARE RETEA DE GAZE NATURALE, deci a considera că ansamblului de lucrări pentru înființarea unei rețele de gaz nu i s-ar aplica legislația în vigoare pentru realizarea unor astfel de lucrări, este o rațiune eronată care contravine prevederilor legislației în vigoare.

Din economia celor mai sus evocate, Consiliul determină că pentru a putea proiecta și executa, în mod legal, serviciile și lucrările mai sus precizate din cadrul obiectului contractului, este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condițiile legii specifice acestor tipuri de servicii/lucrări.

Pentru autoritatea contractantă prezintă interes proba faptului că ofertantii sunt abilitați/ pot proiecta și executa din punct de vedere legal lucrările aferente obiectului contractului, ofertanții au luat la cunoștință de natura lucrărilor care se vor proiecta și executa în cadrul studiului de fezabilitate din cadrul documentației de atribuire,

Legiuitorul a menționat că în procesul de evaluare a ofertelor, este de datoria achizitoare să se asigure că ofertanții participanți la procedură dovedesc/demonstrează pot duce la îndeplinire contractul supus procedurii de atribuire, respectiv că au potențialul tehnic, care trebuie să reflecte posibilitatea concretă că un anumit operator economic poate duce la îndeplinire un contract, respectiv la îndeplinirea obiectivelor contractului la standardele de performanță și calitate impuse prin caietul de sarcini.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 operatorul economic reprezintă *orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă **în mod licit** pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii.*

Așa cum a fost anterior reținut, faptul că autoritatea contractantă solicită informații concrete privind derularea lucrărilor și stabilește cerințe în referire la aspecte practice necesare a fi adaptate specificului obiectului supus procedurii de atribuire în cauză, reprezintă o obligație corelativă de urmărire a calității lucrării, conduita adoptată de autoritatea contractantă fiind în concordanță cu atribuțiile acesteia de achizitor, una dintre acestea fiind stabilirea nivelului calitativ ce trebuie realizat prin execuție pe baza reglementărilor tehnice.

Autoritatea contractantă nu a furnizat un răspuns detaliat și punctual la solicitările de clarificare adresate, explicând motivele pentru care, dacă sunt implicați subcontractanți/terți în executarea contractului având ca obiect înființare rețea distribuție gaze, aceștia trebuie să dețină autorizație ANRE.

Însă, având în vedere dispozițiile legale mai sus redată, se subînțelege faptul că, achizitoarea în procesul de evaluare va avea în vedere prezentarea atestatelor /autorizațiilor de către subcontractanții declarați de un ofertant, doar în cazul în care subcontractanții prestează serviciile/realizează lucrările ce necesită autorizare/atestare în domeniul obiectului principal la contractului, ANRE-gaze.

Per a contrario, în cazul subcontractanților declarați pentru prestarea unor servicii/executarea unor lucrări care nu necesita o astfel de autorizare, respectivii subcontractați nu trebuie să dețină o astfel de autorizare.

În raport de cele mai sus reținute Consiliul determină că cerința privind autorizațiile ANRE-gaze respectă dispozițiile legale incidente, constatându-se caracterul nefondat al solicitării.

Luând în considerare ansamblul considerentelor expuse, Consiliul are în vedere că, dată fiind complexitatea contractului, importanța acestuia, durata contractuală și rezultate așteptate de la derularea proiectului, asigurarea posibilității depunerii unor oferte conforme, autoritatea contractantă a depus diligențele necesare întocmirii unei documentații care să țină seama de toate aspectele pe care le implică contractul de lucrări luând în considerare specificul acestuia (proiectare și execuție), astfel încât să poată fi asigurată derularea proiectului.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...(...).

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 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...(...).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

PREȘEDINTE,

.

MEMBRU,

.

MEMBRU,

.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 27 pagini.